Entwurf
eines
Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts[1]

Vom ...

Der Bundestag hat das folgende Gesetz beschlossen:

Artikel 1

Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs

(1) Das Bürgerliche Gesetzbuch in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 400-2, veröffentlichten bereinigten Fassung, zuletzt geändert durch ..., wird wie folgt geändert:

1. In § 121 Abs. 2 wird das Wort „dreißig“ durch das Wort „zehn“ ersetzt.

2. § 124 wird wie folgt geändert:

   a) In Absatz 2 Satz 2 wird die Angabe „des § 203 Abs. 2 und der §§ 206, 207“ durch die Angabe „der §§ 206, 210 und 211“ ersetzt.

   b) In Absatz 3 wird das Wort „dreißig“ durch das Wort „zehn“ ersetzt.

[1] Dieses Gesetz dient der Umsetzung der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter (ABl. EG Nr. L 171 S. 12), der Richtlinie 2000/35/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. Juni 2000 zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr (ABl. EG Nr. L 200 S. 35) und von Artikel 10, 11 und 18 der Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Infomationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt („Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr“, ABl. EG Nr. L 178 S. 1).

3. Im ersten Buch wird der fünfte Abschnitt wie folgt gefasst:

„Abschnitt 5
Verjährung

Titel 1
Gegenstand und Dauer der Verjährung

§ 194
Gegenstand der Verjährung

(1) Das Recht, von einem anderen ein Tun oder Unterlassen zu verlangen (Anspruch), unterliegt der Verjährung.

(2) Ansprüche aus einem familienrechtlichen Verhältnis unterliegen der Verjährung nicht, soweit sie auf die Herstellung des dem Verhältnis entsprechenden Zustandes für die Zukunft gerichtet sind.

§ 195
Regelmäßige Verjährungsfrist

Die regelmäßige Verjährungsfrist beträgt drei Jahre.

§ 196
Verjährungsfrist bei
Rechten an einem Grundstück

Ansprüche auf Übertragung des Eigentums an einem Grundstück sowie auf Begründung, Übertragung oder Aufhebung eines Rechts an einem Grundstück oder auf Änderung des Inhalts eines solchen Rechts verjähren in zehn Jahren.

§ 197
Dreißigjährige Verjährungsfrist

(1) In 30 Jahren verjähren, soweit nicht ein anderes bestimmt ist,

1. Herausgabeansprüche aus Eigentum und anderen dinglichen Rechten,

2. familien- und erbrechtliche Ansprüche,

3. rechtskräftig festgestellte Ansprüche,

4. Ansprüche aus vollstreckbaren Vergleichen oder vollstreckbaren Urkunden und

5. Ansprüche, die durch die im Insolvenzverfahren erfolgte Feststellung vollstreckbar geworden sind.

(2) Soweit Ansprüche nach Absatz 1 Nr. 2 regelmäßig wiederkehrende Leistungen oder Unterhaltsleistungen und Ansprüche nach Absatz 1 Nr. 3 bis 5 künftig fällig werdende regelmäßig wiederkehrende Leistungen zum Inhalt haben, tritt an die Stelle der Verjährungsfrist von 30 Jahren die regelmäßige Verjährungsfrist.

§ 198
Verjährung bei Rechtsnachfolge

Gelangt eine Sache, hinsichtlich derer ein dinglicher Anspruch besteht, durch Rechtsnachfolge in den Besitz eines Dritten, so kommt die während des Besitzes des Rechtsvorgängers verstrichene Verjährungszeit dem Rechtsnachfolger zugute.

§ 199
Beginn der regelmäßigen Verjährungsfrist

(1) Die regelmäßige Verjährungsfrist beginnt, wenn

1. der Anspruch fällig ist, und

2. der Gläubiger von den den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen müsste.

(2) Ohne Rücksicht auf die Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis verjährt der Anspruch in zehn Jahren von der Fälligkeit an. Satz 1 gilt nicht bei Ansprüchen wegen Verletzung des Lebens, des Körpers, der Gesundheit oder der Freiheit.

(3) Ohne Rücksicht auf die Fälligkeit und die Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis verjähren Schadensersatzansprüche aus unerlaubter Handlung, aus Gefährdungshaftung und aus Verletzung einer Pflicht aus einem Schuldverhältnis in 30 Jahren von der Begehung der Handlung, der Verwirklichung der Gefahr oder der Pflichtverletzung an.

(4) Geht der Anspruch auf ein Unterlassen, so tritt an die Stelle der Fälligkeit die Zuwiderhandlung.

§ 200
Beginn anderer Verjährungsfristen

Die Verjährungsfrist von Ansprüchen, die nicht der regelmäßigen Verjährungsfrist unterliegen, beginnt mit der Fälligkeit des Anspruchs, soweit nicht ein anderer Verjährungsbeginn bestimmt ist. § 199 Abs. 4 findet entsprechende Anwendung.

§ 201
Beginn der Verjährungsfrist von festgestellten Ansprüchen

Die Verjährung von Ansprüchen der in § 197 Abs. 1 Nr. 3 bis 5 bezeichneten Art beginnt mit der Rechtskraft der Entscheidung, der Feststellung im Insolvenzverfahren oder der Errichtung des vollstreckbaren Titels, nicht jedoch vor der Fälligkeit des Anspruchs. § 199 Abs. 4 findet entsprechende Anwendung.

§ 202
Unzulässigkeit von
Vereinbarungen über die Verjährung

(1) Die Verjährung kann bei Haftung wegen Vorsatzes nicht im Voraus durch Rechtsgeschäft erleichtert werden.

(2) Die Verjährung kann durch Rechtsgeschäft nicht über eine Verjährungsfrist von 30 Jahren ab dem gesetzlichen Verjährungsbeginn hinaus erschwert werden.

Titel 2
Hemmung und Neubeginn der Verjährung

§ 203
Hemmung der Verjährung bei Verhandlungen

Schweben zwischen dem Schuldner und dem Gläubiger Verhandlungen über den Anspruch oder die den Anspruch begründenden Umstände, so ist die Verjährung gehemmt, bis der eine oder der andere Teil die Fortsetzung der Verhandlungen verweigert. Die Verjährung tritt frühestens zwei Monate nach dem Ende der Hemmung ein.

§ 204
Hemmung der Verjährung durch Rechtsverfolgung

(1) Die Verjährung wird gehemmt durch

1. die Erhebung der Klage auf Leistung oder auf Feststellung des Anspruchs, auf Erteilung der Vollstreckungsklausel oder auf Erlass des Vollstreckungsurteils,

2. die Zustellung des Antrags im vereinfachten Verfahren über den Unterhalt Minderjähriger,

3. die Zustellung des Mahnbescheids im Mahnverfahren,

4. die Bekanntgabe des Güteantrags, der bei einer durch die Landesjustizverwaltung eingerichteten oder anerkannten Gütestelle oder, wenn die Parteien den Einigungsversuch einvernehmlich unternehmen, bei einer sonstigen Gütestelle, die Streitbeilegungen betreibt, eingereicht ist; erfolgt die Bekanntgabe demnächst nach der Einreichung des Antrags, so tritt die Hemmung der Verjährung bereits mit der Einreichung ein,

5. die Geltendmachung der Aufrechnung des Anspruchs im Prozess,

6. die Zustellung der Streitverkündung,

7. die Zustellung des Antrags auf Durchführung eines selbständigen Beweisverfahrens,

8. den Beginn eines vereinbarten Begutachtungsverfahrens oder die Beauftragung des Gutachters in dem Verfahrens nach § 641a,

9. die Zustellung des Antrags auf Erlass eines Arrestes, einer einstweiligen Verfügung oder einer einstweiligen Anordnung, oder, wenn der Antrag nicht zugestellt wird, dessen Einreichung, wenn der Arrestbefehl, die einstweilige Verfügung oder einstweilige Anordnung innerhalb von drei Monaten nach Erlass dem Antragsgegner zugestellt wird,

10. die Anmeldung des Anspruchs im Insolvenzverfahren oder im Schifffahrtsrechtlichen Verteilungsverfahren,

11. den Empfang des Antrags, die Streitigkeit einem Schiedsgericht vorzulegen,

12. die Einreichung des Antrags bei einer Behörde, wenn die Zulässigkeit der Klage von der Vorentscheidung dieser Behörde abhängt und innerhalb von drei Monaten nach Erledigung des Gesuchs die Klage erhoben wird; dies gilt entsprechend für bei einem Gericht oder bei einer in Nummer 4 bezeichneten Gütestelle zu stellende Anträge, deren Zulässigkeit von der Vorentscheidung einer Behörde abhängt,

13. die Einreichung des Antrags bei dem höheren Gericht, wenn dieses das zuständige Gericht zu bestimmen hat und innerhalb von drei Monaten nach Erledigung des Gesuchs die Klage erhoben oder der Antrag, für den die Gerichtsstandsbestimmung zu erfolgen hat, gestellt wird, und

14. die Bekanntgabe des erstmaligen Antrags auf Gewährung von Prozesskostenhilfe; erfolgt die Bekanntgabe demnächst nach der Einreichung des Antrags, so tritt die Hemmung der Verjährung bereits mit der Einreichung ein.

(2) Die Hemmung nach Absatz 1 endet sechs Monate nach der rechtskräftigen Entscheidung oder anderweitigen Erledigung des eingeleiteten Verfahrens. Gerät das Verfahren infolge einer Vereinbarung oder dadurch in Stillstand, dass es nicht betrieben wird, so tritt an die Stelle der Erledigung des Verfahrens die letzte Verfahrenshandlung der Parteien, des Gerichts oder der sonst mit dem Verfahren befassten

Stelle. Die Hemmung beginnt erneut, wenn eine der Parteien das Verfahren weiter betreibt.

(3) Auf die Frist nach Absatz 1 Nr. 9, 12 und 13 finden die §§ 206, 210 und 211 entsprechende Anwendung.

§ 205
Hemmung der Verjährung
bei Leistungsverweigerungsrecht

Die Verjährung ist gehemmt, solange der Schuldner auf Grund einer Vereinbarung mit dem Gläubiger vorübergehend zur Verweigerung der Leistung berechtigt ist.

§ 206
Hemmung der Verjährung
bei höherer Gewalt

Die Verjährung ist gehemmt, solange der Gläubiger innerhalb der letzten sechs Monate der Verjährungsfrist durch höhere Gewalt an der Rechtsverfolgung gehindert ist.

§ 207
Hemmung der Verjährung
aus familiären und ähnlichen Gründen

Die Verjährung von Ansprüchen zwischen Ehegatten ist gehemmt, solange die Ehe besteht. Das gleiche gilt für Ansprüche zwischen Lebenspartnern, solange die Lebenspartnerschaft besteht, für Ansprüche zwischen Eltern und Kindern während der Minderjährigkeit der Kinder und für Ansprüche zwischen dem Vormund und dem Mündel während der Dauer des Vormundschaftsverhältnisses. Die Verjährung von Ansprüchen des Betreuten gegen den Betreuer ist während der Dauer des Betreuungsverhältnisses gehemmt. Das gleiche gilt für Ansprüche des Pfleglings gegen den Pfleger während der Dauer der Pflegschaft und für Ansprüche des Kindes gegen den Beistand während der Dauer der Beistandschaft.

§ 208
Hemmung der Verjährung bei Ansprüchen wegen Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung

Die Verjährung von Ansprüchen wegen Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung ist bis zur Vollendung des 18. Lebensjahres des Gläubigers gehemmt.

§ 209
Wirkung der Hemmung

Der Zeitraum, während dessen die Verjährung gehemmt ist, wird in die Verjährungsfrist nicht eingerechnet.

§ 210
Ablaufhemmung bei nicht voll Geschäftsfähigen

(1) Ist eine geschäftsunfähige oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Person ohne gesetzlichen Vertreter, so tritt eine für oder gegen sie laufende Verjährung nicht vor dem Ablauf von sechs Monaten nach dem Zeitpunkt ein, in dem die Person unbeschränkt geschäftsfähig oder der Mangel der Vertretung behoben wird. Ist die Verjährungsfrist kürzer als sechs Monate, so tritt der für die Verjährung bestimmte Zeitraum an die Stelle der sechs Monate.

(2) Absatz 1 findet keine Anwendung, soweit eine in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Person prozessfähig ist.

§ 211
Ablaufhemmung in Nachlassfällen

Die Verjährung eines Anspruchs, der zu einem Nachlass gehört oder sich gegen einen Nachlass richtet, tritt nicht vor dem Ablauf von sechs Monaten nach dem Zeitpunkt ein, in dem die Erbschaft von dem Erben angenommen oder das Insolvenzverfahren über den Nachlass eröffnet wird oder von dem an der Anspruch von einem oder gegen einen Vertreter geltend gemacht werden kann. Ist die Verjährungsfrist kürzer als sechs Monate, so tritt der für die Verjährung bestimmte Zeitraum an die Stelle der sechs Monate.

§ 212
Neubeginn der Verjährung

(1) Die Verjährung beginnt erneut, wenn

1. der Schuldner dem Gläubiger gegenüber den Anspruch durch Abschlagszahlung, Zinszahlung, Sicherheitsleistung oder in anderer Weise anerkennt, oder

2. eine gerichtliche oder behördliche Vollstreckungshandlung vorgenommen oder beantragt wird.

(2) Der erneute Beginn der Verjährung infolge einer Vollstreckungshandlung gilt als nicht eingetreten, wenn die Vollstreckungshandlung auf Antrag des Gläubigers oder wegen Mangels der gesetzlichen Voraussetzungen aufgehoben wird.

(3) Der erneute Beginn der Verjährung durch den Antrag auf Vornahme einer Vollstreckungshandlung gilt als nicht eingetreten, wenn dem Antrag nicht stattgegeben oder der Antrag vor der Vollstreckungshandlung zurückgenommen oder die erwirkte Vollstreckungshandlung nach Absatz 2 aufgehoben wird.

§ 213
Hemmung und erneuter Beginn der Verjährung
bei anderen Ansprüchen

Die Hemmung und der erneute Beginn der Verjährung gelten auch für Ansprüche, die neben dem Anspruch oder an seiner Stelle gegeben sind.

Titel 3
Rechtsfolgen der Verjährung

§ 214
Wirkung der Verjährung

(1) Nach Eintritt der Verjährung ist der Schuldner berechtigt, die Leistung zu verweigern.

(2) Das zur Befriedigung eines verjährten Anspruchs Geleistete kann nicht zurückgefordert werden, auch wenn in Unkenntnis der Verjährung geleistet worden ist. Das gleiche gilt von einem vertragsmäßigen Anerkenntnis sowie einer Sicherheitsleistung des Schuldners.

§ 215
Aufrechnung und Zurückbehaltungsrecht nach Eintritt der Verjährung

Die Verjährung schließt die Aufrechnung und die Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts nicht aus, wenn der Anspruch in dem Zeitpunkt noch nicht verjährt war, in dem erstmals aufgerechnet oder die Leistung verweigert werden konnte.

§ 216
Wirkung der Verjährung bei gesicherten Ansprüchen

(1) Die Verjährung eines Anspruchs, für den eine Hypothek, eine Schiffshypothek oder ein Pfandrecht besteht, hindert den Gläubiger nicht, seine Befriedigung aus dem belasteten Gegenstand zu suchen.

(2) Ist zur Sicherung eines Anspruchs ein Recht verschafft worden, so kann die Rückübertragung nicht auf Grund der Verjährung des Anspruchs gefordert werden. Ist das Eigentum vorbehalten, so kann der Rücktritt vom Vertrag auch erfolgen, wenn der gesicherte Anspruch verjährt ist.

(3) Die Absätze 1 und 2 finden keine Anwendung auf die Verjährung von Ansprüchen auf Zinsen und andere wiederkehrenden Leistungen.

§ 217
Verjährung von Nebenleistungen

Mit dem Hauptanspruch verjährt der Anspruch auf die von ihm abhängenden Nebenleistungen, auch wenn die für diesen Anspruch geltende besondere Verjährung noch nicht eingetreten ist.

§ 218
Unwirksamkeit des Rücktritts

(1) Der Rücktritt wegen nicht oder nicht vertragsgemäß erbrachter Leistung ist unwirksam, wenn der Anspruch auf die Leistung oder der Nacherfüllungsanspruch verjährt ist und der Schuldner sich hierauf beruft. § 216 Abs. 2 Satz 2 bleibt unberührt.

(2) § 214 Abs. 2 findet entsprechende Anwendung.“

4. § 241 wird wie folgt geändert:

   a) Der bisherige Wortlaut der Vorschrift wird Absatz 1.

   b) Folgender Absatz 2 wird angefügt:

      „(2) Das Schuldverhältnis kann nach seinem Inhalt jeden Teil zu besonderer Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils verpflichten.“

5. Nach § 246 wird folgender § 247 eingefügt:

„§ 247
Basiszinssatz

(1) Der Basiszinssatz beträgt ... *(Einsetzen: Den am 1. September 2001 geltende Basiszinssatz)* Prozent. Er verändert sich zum 1. Januar und 1. Juli eines jeden Jahres um die Prozentpunkte, um welche die Bezugsgröße seit der letzten Veränderung des Basiszinssatzes gestiegen oder gefallen ist. Bezugsgröße ist der Zinssatz für die jüngste Hauptrefinanzierungsoperation der Europäischen Zentralbank.

(2) Die Deutsche Bundesbank gibt den geltenden Basiszinssatz unverzüglich nach den in Absatz 1 Satz 2 genannten Zeitpunkten im Bundesanzeiger bekannt.“

6. Die §§ 275 und 276 werden wie folgt gefasst:

„§ 275
Ausschluss der Leistungspflicht

(1) Der Anspruch auf Leistung ist ausgeschlossen, soweit und solange diese für den Schuldner oder für jedermann unmöglich ist.

(2) Der Schuldner kann die Leistung verweigern, soweit und solange diese einen Aufwand erfordert, der unter Beachtung des Inhalts des Schuldverhältnisses und der Gebote von Treu und Glauben in einem groben Missverhältnis zu dem Leistungsinteresse des Gläubigers steht. Das gleiche gilt, wenn die Leistung in der Person des Schuldners zu erbringen ist und dem Schuldner unter Abwägung des Leistungsinteresses des Gläubigers und des Leistungshindernisses auf Seiten des Schuldners nicht zugemutet werden kann. Bei der Bestimmung der dem Schuldner zuzumutenden Anstrengungen ist auch zu berücksichtigen, ob der Schuldner das Leistungshindernis zu vertreten hat.

(3) Die Rechte des Gläubigers bestimmen sich nach den §§ 280, 283 bis 285, 311a und 326.

§ 276
Verantwortlichkeit für eigenes Verschulden

(1) Der Schuldner hat Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten, wenn eine strengere oder mildere Haftung weder bestimmt noch aus dem sonstigen Inhalt des Schuldverhältnisses, insbesondere aus der Übernahme einer Garantie oder eines Beschaffungsrisikos, oder der Natur der Schuld zu entnehmen ist. Die Vorschriften der §§ 827, 828 finden entsprechende Anwendung.

(2) Fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt.

(3) Die Haftung wegen Vorsatzes kann dem Schuldner nicht im Voraus erlassen werden.“

7. In § 278 Satz 2 wird die Angabe „§ 276 Abs. 2“ durch die Angabe „§ 276 Abs. 3“ ersetzt.

8. § 279 wird aufgehoben.

9. Die §§ 280 bis 288 werden wie folgt gefasst:

„§ 280
Schadensersatz wegen Pflichtverletzung

(1) Verletzt der Schuldner eine Pflicht aus dem Schuldverhältnis, so kann der Gläubiger Ersatz des hierdurch entstehenden Schadens verlangen. Dies gilt nicht, wenn der Schuldner die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat.

(2) Schadensersatz wegen Verzögerung der Leistung kann der Gläubiger nur unter der zusätzlichen Voraussetzung des § 286 verlangen.

(3) Schadensersatz statt der Leistung kann der Gläubiger nur unter den zusätzlichen Voraussetzungen des § 281, des § 282 oder des § 283 verlangen.

§ 281
Schadensersatz statt der Leistung
wegen nicht oder nicht wie geschuldet erbrachter Leistung

(1) Soweit der Schuldner die fällige Leistung nicht oder nicht wie geschuldet erbringt, kann der Gläubiger unter den Voraussetzungen des § 280 Abs. 1 Schadensersatz statt der Leistung verlangen, wenn er dem Schuldner eine angemessene Frist zur Leistung oder Nacherfüllung bestimmt hat und die Frist erfolglos abgelaufen ist. Satz 1 gilt nicht, wenn der Schuldner trotz der Fristsetzung mit dem Verlangen von Schadensersatz statt der Leistung nicht rechnen musste. Hat der Schuldner teilweise oder nicht wie geschuldet geleistet, so kann der Gläubiger Schadensersatz statt der ganzen Leistung nur verlangen, wenn sein Interesse an der geschuldeten Leistung dies erfordert.

(2) Die Fristsetzung ist entbehrlich, wenn der Schuldner die Leistung ernsthaft und endgültig verweigert oder wenn besondere Umstände vorliegen, die unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die sofortige Geltendmachung des Schadenersatzanspruchs rechtfertigen.

(3) Der Anspruch auf die Leistung ist ausgeschlossen, sobald der Gläubiger statt der Leistung Schadensersatz verlangt hat.

(4) Verlangt der Gläubiger Schadensersatz statt der ganzen Leistung, so ist der Schuldner zur Rückforderung des Geleisteten nach den §§ 346 bis 348 berechtigt, sobald der Schuldner nicht mehr zu leisten braucht.

§ 282
Schadensersatz statt der Leistung
wegen Verletzung einer sonstigen Pflicht

Verletzt der Schuldner eine sonstige Pflicht aus dem Schuldverhältnis, kann der Gläubiger unter den Voraussetzungen des § 280 Abs. 1 Schadensersatz statt der Leistung verlangen, wenn die Pflichtverletzung wesentlich ist und dem Gläubiger die Leistung durch den Schuldner nicht mehr zuzumuten ist.

§ 283
Schadensersatz statt der Leistung
bei Ausschluss der Leistungspflicht

Braucht der Schuldner nach § 275 Abs. 1 oder 2 nicht zu leisten, kann der Gläubiger unter den Voraussetzungen des § 280 Abs. 1 Schadensersatz statt der Leistung verlangen. § 281 Abs. 1 Satz 3 und § 281 Abs. 4 finden entsprechende Anwendung.

§ 284
Ersatz vergeblicher Aufwendungen

Anstelle des Schadensersatzes statt der Leistung kann der Gläubiger Ersatz der Aufwendungen verlangen, die er im Vertrauen auf den Erhalt der Leistung gemacht hat und billigerweise machen durfte, es sei denn, deren Zweck wäre auch ohne die Pflichtverletzung des Schuldners nicht erreicht worden.

§ 285
Herausgabe des Ersatzes

(1) Erlangt der Schuldner infolge des Umstandes, auf Grund dessen er die Leistung nach § 275 Abs. 1 oder 2 nicht zu erbringen braucht, für den geschuldeten Gegen-

stand einen Ersatz oder einen Ersatzanspruch, so kann der Gläubiger Herausgabe des als Ersatz Empfangenen oder Abtretung des Ersatzanspruchs verlangen.

(2) Kann der Gläubiger statt der Leistung Schadensersatz verlangen, so mindert sich dieser, wenn er von dem in Absatz 1 bestimmten Recht Gebrauch macht, um den Wert des erlangten Ersatzes oder Ersatzanspruchs.

§ 286
Verzug des Schuldners

(1) Leistet der Schuldner auf eine Mahnung des Gläubigers nicht, die nach dem Eintritt der Fälligkeit erfolgt, so kommt er durch die Mahnung in Verzug. Der Mahnung stehen die Erhebung der Klage auf die Leistung sowie die Zustellung eines Mahnbescheids im Mahnverfahren gleich.

(2) Der Mahnung bedarf es nicht, wenn

1. für die Leistung eine Zeit nach dem Kalender bestimmt ist,

2. der Leistung ein Ereignis vorauszugehen hat und eine angemessene Zeit für die Leistung in der Weise bestimmt ist, dass sie sich von dem Ereignis an nach dem Kalender berechnen lässt,

3. der Schuldner die Leistung ernsthaft und endgültig verweigert,

4. aus besonderen Gründen unter Abwägung der beiderseitigen Interessen der sofortige Eintritt des Verzugs gerechtfertigt ist.

(3) Der Schuldner kommt spätestens in Verzug, wenn er nicht innerhalb von 30 Tagen nach Fälligkeit und Zugang einer Rechnung oder gleichwertigen Forderungsaufstellung leistet. Das gilt gegenüber einem Schuldner, der Verbraucher ist, nur, wenn auf diese Folgen in der Rechnung oder Forderungsaufstellung besonders hingewiesen worden ist.

(4) Der Schuldner kommt nicht in Verzug, solange die Leistung infolge eines Umstandes unterbleibt, den er nicht zu vertreten hat.

§ 287
Verantwortlichkeit während
des Verzugs

Der Schuldner hat während des Verzugs jede Fahrlässigkeit zu vertreten. Er haftet wegen der Leistung auch für Zufall, es sei denn, dass der Schaden auch bei rechtzeitiger Leistung eingetreten sein würde.

§ 288
Verzugszinsen

(1) Eine Geldschuld ist während des Verzugs zu verzinsen. Der Verzugszinssatz beträgt für das Jahr fünf Prozentpunkte über dem Basiszinssatz.

(2) Bei Rechtsgeschäften, an denen ein Verbraucher nicht beteiligt ist, beträgt der Zinssatz acht Prozentpunkte über dem Basiszinssatz.

(3) Kann der Gläubiger aus einem anderen Rechtsgrund höhere Zinsen verlangen, so sind diese fortzuentrichten.

(4) Die Geltendmachung eines weiteren Schadens ist nicht ausgeschlossen.“

10. In § 291 Satz 2 wird die Angabe “§ 288 Abs. 1” durch die Angabe “§ 288 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2, Abs. 3” ersetzt.

11. § 296 wird wie folgt gefasst:

„§ 296
Entbehrlichkeit des Angebots

Ist für die von dem Gläubiger vorzunehmende Handlung eine Zeit nach dem Kalender bestimmt, so bedarf es des Angebots nur, wenn der Gläubiger die Handlung rechtzeitig vornimmt. Das gleiche gilt, wenn der Handlung ein Ereignis vorauszugehen hat und die Zeit für die Handlung in der Weise bestimmt ist, dass sie sich von dem Ereignis an nach dem Kalender berechnen lässt.”

12. Dem zweiten Abschnitt des zweiten Buches wird folgender Abschnitt vorangestellt:

„Abschnitt 2
Gestaltung rechtsgeschäftlicher Schuldverhältnisse
durch Allgemeine Geschäftsbedingungen

§ 305
Einbeziehung Allgemeiner
Geschäftsbedingungen in den Vertrag

(1) Allgemeine Geschäftsbedingungen sind alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei (Verwender) der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrags stellt. Gleichgültig ist, ob die Bestimmungen einen äußerlich gesonderten Bestandteil des Vertrags bilden oder in die Vertragsurkunde selbst aufgenommen werden, welchen Umfang sie haben, in welcher Schriftart sie verfasst sind und welche Form der Vertrag hat. Allgemeine Geschäftsbedingungen liegen nicht vor, soweit die Vertragsbedingungen zwischen den Vertragsparteien im einzelnen ausgehandelt sind.

(2) Allgemeine Geschäftsbedingungen werden nur dann Bestandteil eines Vertrags, wenn der Verwender bei Vertragsschluss

1. die andere Vertragspartei ausdrücklich oder, wenn ein ausdrücklicher Hinweis wegen der Art des Vertragsschlusses nur unter unverhältnismäßigen Schwierigkeiten möglich ist, durch deutlich sichtbaren Aushang am Ort des Vertragsschlusses auf sie hinweist und

2. der anderen Vertragspartei die Möglichkeit verschafft, in zumutbarer Weise, die auch eine körperliche Behinderung der anderen Vertragspartei berücksichtigt, von ihrem Inhalt Kenntnis zu nehmen,

und wenn die andere Vertragspartei mit ihrer Geltung einverstanden ist.

(3) Die Vertragsparteien können für eine bestimmte Art von Rechtsgeschäften die Geltung bestimmter Allgemeiner Geschäftsbedingungen unter Beachtung der in Absatz 2 bezeichneten Erfordernisse im Voraus vereinbaren.

§ 305a

Einbeziehung in besonderen Fällen

Auch ohne Einhaltung der Erfordernisse des § 305 Abs. 2 gelten als einbezogen

1. die von der zuständigen Behörde genehmigten Allgemeinen Geschäftsbedingungen einer Bausparkasse in den Bausparvertrag oder einer Kapitalanlagegesellschaft in das Rechtsverhältnis zwischen der Kapitalanlagegesellschaft und dem Anteilsinhaber,

2. die mit Genehmigung der zuständigen Verkehrsbehörde oder auf Grund von internationalen Übereinkommen erlassenen Tarife und Ausführungsbestimmungen der Eisenbahnen und die nach Maßgabe des Personenbeförderungsgesetzes genehmigten Beförderungsbedingungen der Straßenbahnen, Obusse und Kraftfahrzeuge im Linienverkehr in den Beförderungsvertrag,

3. die im Amtsblatt der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post veröffentlichten und in den Geschäftsstellen des Verwenders bereitgehaltenen Allgemeinen Geschäftsbedingungen

   a) in Beförderungsverträge, die außerhalb von Geschäftsräumen durch den Einwurf von Postsendungen in Briefkästen abgeschlossen werden,

   b) in Verträge über Telekommunikations-, Informations- und andere Dienstleistungen, die unmittelbar durch Einsatz von Fernkommunikationsmitteln und während der Erbringung einer Telekommunikationsdienstleistung in einem Mal erbracht werden, wenn die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der anderen Vertragspartei nur unter unverhältnismäßigen Schwierigkeiten vor dem Vertragsschluss zugänglich gemacht werden können.

§ 305b

Vorrang der Individualabrede

Individuelle Vertragsabreden haben Vorrang vor Allgemeinen Geschäftsbedingungen.

§ 305c
Überraschende und mehrdeutige Klauseln

(1) Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die nach den Umständen, insbesondere nach dem äußeren Erscheinungsbild des Vertrags, so ungewöhnlich sind, dass der Vertragspartner des Verwenders mit ihnen nicht zu rechnen braucht, werden nicht Vertragsbestandteil.

(2) Zweifel bei der Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen gehen zu Lasten des Verwenders.

§ 306
Rechtsfolgen bei
Nichteinbeziehung und Unwirksamkeit

(1) Sind Allgemeine Geschäftsbedingungen ganz oder teilweise nicht Vertragsbestandteil geworden oder unwirksam, so bleibt der Vertrag im Übrigen wirksam.

(2) Soweit die Bestimmungen nicht Vertragsbestandteil geworden oder unwirksam sind, richtet sich der Inhalt des Vertrags nach den gesetzlichen Vorschriften.

(3) Der Vertrag ist unwirksam, wenn das Festhalten an ihm auch unter Berücksichtigung der nach Absatz 2 vorgesehenen Änderung eine unzumutbare Härte für eine Vertragspartei darstellen würde.

§ 306a
Umgehungsverbot

Die Vorschriften dieses Abschnitts finden auch Anwendung, wenn sie durch anderweitige Gestaltungen umgangen werden.

§ 307
Inhaltskontrolle

(1) Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen.

(2) Eine unangemessene Benachteiligung ist im Zweifel anzunehmen, wenn eine Bestimmung

1. mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist, oder

2. wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrags ergeben, so einschränkt, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist, oder

3. nicht klar und verständlich ist.

(3) Absatz 1 und Absatz 2 mit Ausnahme der Regelung des Absatzes 2 Nr. 3 in Verbindung mit Absatz 1 sowie die §§ 308 und 309 gelten nur für Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, durch die von Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelungen vereinbart werden.

§ 308
Klauselverbote mit Wertungsmöglichkeit

In Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist insbesondere unwirksam

1. (Annahme- und Leistungsfrist)
eine Bestimmung, durch die sich der Verwender unangemessen lange oder nicht hinreichend bestimmte Fristen für die Annahme oder Ablehnung eines Angebots oder die Erbringung einer Leistung vorbehält; ausgenommen hiervon ist der Vorbehalt, erst nach Ablauf der Widerrufs- oder Rückgabefrist nach § 355 Abs. 1 und § 356 zu leisten;

2. (Nachfrist)
eine Bestimmung, durch die sich der Verwender für die von ihm zu bewirkende Leistung abweichend von Rechtsvorschriften eine unangemessen lange oder nicht hinreichend bestimmte Nachfrist vorbehält;

3. (Rücktrittsvorbehalt)

die Vereinbarung eines Rechts des Verwenders, sich ohne sachlich gerechtfertigten und im Vertrag angegebenen Grund von seiner Leistungspflicht zu lösen; dies gilt nicht für Dauerschuldverhältnisse;

4. (Änderungsvorbehalt)
die Vereinbarung eines Rechts des Verwenders, die versprochene Leistung zu ändern oder von ihr abzuweichen, wenn nicht die Vereinbarung der Änderung oder Abweichung unter Berücksichtigung der Interessen des Verwenders für den anderen Vertragsteil zumutbar ist;

5. (Fingierte Erklärungen)
eine Bestimmung, wonach eine Erklärung des Vertragspartners des Verwenders bei Vornahme oder Unterlassung einer bestimmten Handlung als von ihm abgegeben oder nicht abgegeben gilt, es sei denn, dass

a) dem Vertragspartner eine angemessene Frist zur Abgabe einer ausdrücklichen Erklärung eingeräumt ist und

b) der Verwender sich verpflichtet, den Vertragspartner bei Beginn der Frist auf die vorgesehene Bedeutung seines Verhaltens besonders hinzuweisen;

dies gilt nicht für Verträge, in die Teil B der Verdingungsordnung für Bauleistungen (VOB) insgesamt einbezogen ist;

6. (Fiktion des Zugangs)
eine Bestimmung, die vorsieht, dass eine Erklärung des Verwenders von besonderer Bedeutung dem anderen Vertragsteil als zugegangen gilt;

7. (Abwicklung von Verträgen)
eine Bestimmung, nach der der Verwender für den Fall, dass eine Vertragspartei vom Vertrag zurücktritt oder den Vertrag kündigt,

a) eine unangemessen hohe Vergütung für die Nutzung oder den Gebrauch einer Sache oder eines Rechts oder für erbrachte Leistungen oder

b) einen unangemessen hohen Ersatz von Aufwendungen verlangen kann;

8. (Nichtverfügbarkeit der Leistung)
die nach Nummer 3 zulässige Vereinbarung eines Vorbehalts des Verwenders, sich von der Verpflichtung zur Erfüllung des Vertrags bei Nichtverfügbarkeit der Leistung zu lösen, wenn sich der Verwender nicht verpflichtet,

a) den Vertragspartner unverzüglich über die Nichtverfügbarkeit zu informieren und

b) Gegenleistungen des Vertragspartners unverzüglich zu erstatten.

§ 309
Klauselverbote
ohne Wertungswertungsmöglichkeit

In Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist unbeschadet der §§ 202, 312f, 475 und 478 Abs. 5 und der §§ 487, 506, 651l und 655e unwirksam

1. (Kurzfristige Preiserhöhungen)
eine Bestimmung, welche die Erhöhung des Entgelts für Waren oder Leistungen vorsieht, die innerhalb von vier Monaten nach Vertragsschluss geliefert oder erbracht werden sollen; dies gilt nicht bei Waren oder Leistungen, die im Rahmen von Dauerschuldverhältnissen geliefert oder erbracht werden;

2. (Leistungsverweigerungsrechte)
eine Bestimmung, durch die

a) das Leistungsverweigerungsrecht, das dem Vertragspartner des Verwenders nach § 320 zusteht, ausgeschlossen oder eingeschränkt wird, oder

b) ein dem Vertragspartner des Verwenders zustehendes Zurückbehaltungsrecht, soweit es auf demselben Vertragsverhältnis beruht, ausgeschlossen oder eingeschränkt, insbesondere von der Anerkennung von Mängeln durch den Verwender abhängig gemacht wird;

3. (Aufrechnungsverbot)
eine Bestimmung, durch die dem Vertragspartner des Verwenders die Befugnis genommen wird, mit einer unbestrittenen oder rechtskräftig festgestellten Forderung aufzurechnen;

4. (Mahnung, Fristsetzung)
eine Bestimmung, durch die der Verwender von der gesetzlichen Obliegenheit freigestellt wird, den anderen Vertragsteil zu mahnen oder ihm eine Frist für die Leistung zu setzen;

5. (Pauschalierung von Schadensersatzansprüchen)
die Vereinbarung eines pauschalierten Anspruchs des Verwenders auf Schadensersatz oder Ersatz einer Wertminderung, wenn

a) die Pauschale den in den geregelten Fällen nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartenden Schaden oder die gewöhnlich eintretende Wertminderung übersteigt, oder

b) dem anderen Vertragsteil nicht ausdrücklich der Nachweis gestattet wird, ein Schaden oder eine Wertminderung sei überhaupt nicht entstanden oder wesentlich niedriger als die Pauschale;

6. (Vertragsstrafe)
eine Bestimmung, durch die dem Verwender für den Fall der Nichtabnahme oder verspäteten Abnahme der Leistung, des Zahlungsverzugs oder für den Fall, dass der andere Vertragsteil sich vom Vertrag löst, Zahlung einer Vertragsstrafe versprochen wird;

7. (Haftungsausschluss für Körperschäden und bei grobem Verschulden)

a) (Körperschäden)
ein Ausschluss oder eine Begrenzung der Haftung für Körperschäden, die auf einer Pflichtverletzung beruht, die der Verwender, sein gesetzlicher Vertreter oder Erfüllungsgehilfe zu vertreten hat;

b) (grobes Verschulden)

ein Ausschluss oder eine Begrenzung der Haftung für sonstige Schäden, die auf einer grob fahrlässigen Pflichtverletzung des Verwenders oder auf einer vorsätzlichen oder grob fahrlässigen Pflichtverletzung eines gesetzlichen Vertreters oder Erfüllungsgehilfen des Verwenders beruhen;

dies gilt nicht für Haftungsbeschränkungen für staatlich genehmigte Lotterie- oder Ausspielverträge, soweit sie dem Schutz des Verwenders und der Mitspieler vor betrügerischen Manipulationen dienen, und Haftungsbeschränkungen in den nach Maßgabe des Personenbeförderungsgesetzes genehmigten Beförderungsbedingungen und Tarifvorschriften der Straßenbahnen, Obusse und Kraftfahrzeuge im Linienverkehr, soweit sie nicht zum Nachteil des Fahrgastes von der Verordnung über die Allgemeinen Beförderungsbedingungen für den Straßenbahn- und Obusverkehr sowie den Linienverkehr mit Kraftfahrzeugen vom 27. Februar 1970 abweichen;

8. (Sonstige Haftungsausschlüsse bei Pflichtverletzung)

a) (Ausschluss des Rücktritts oder des Schadensersatzes statt der Leistung)
eine Bestimmung, die bei einer vom Verwender zu vertretenden Pflichtverletzung das Recht des anderen Vertragsteils,

aa) sich vom Vertrag zu lösen, ausschließt oder einschränkt, oder

bb) nach §§ 280, 281, 283 oder § 311a Abs. 2 Schadensersatz statt der Leistung zu verlangen, ausschließt oder entgegen der Nummer 7 einschränkt;

dies gilt nicht für die in der Nummer 7 bezeichneten Beförderungsbedingungen und Tarifvorschriften, soweit sie nicht zum Nachteil des Fahrgastes von der Verordnung über die Allgemeinen Beförderungsbedingungen für den Straßenbahn- und Obusverkehr sowie den Linienverkehr mit Kraftfahrzeugen vom 27. Februar 1970 abweichen;

b) (Mängel)

im Übrigen eine Bestimmung, durch die bei Verträgen über Lieferungen neu hergestellter Sachen und über Werkleistungen

aa) (Ausschluss und Verweisung auf Dritte)
die Ansprüche gegen den Verwender wegen eines Mangels insgesamt oder bezüglich einzelner Teile ausgeschlossen, auf die Einräumung von Ansprüchen gegen Dritte beschränkt oder von der vorherigen gerichtlichen Inanspruchnahme Dritter abhängig gemacht werden;

bb) (Beschränkung auf Nacherfüllung)
die Ansprüche gegen den Verwender insgesamt oder bezüglich einzelner Teile auf ein Recht auf Nacherfüllung beschränkt werden, sofern dem anderen Vertragsteil nicht ausdrücklich das Recht vorbehalten wird, bei Fehlschlagen der Nacherfüllung zu mindern oder, wenn nicht eine Bauleistung Gegenstand der Mängelhaftung ist, nach seiner Wahl vom Vertrag zurückzutreten;

cc) (Aufwendungen bei Nacherfüllung)
die Verpflichtung des Verwenders ausgeschlossen oder beschränkt wird, die zum Zwecke der Nacherfüllung erforderlichen Aufwendungen, insbesondere Transport-, Wege-, Arbeits- und Materialkosten, zu tragen;

dd) (Vorenthalten der Nacherfüllung)
der Verwender die Nacherfüllung von der vorherigen Zahlung des vollständigen Entgelts oder eines unter Berücksichtigung des Mangels unverhältnismäßig hohen Teils des Entgelts abhängig macht;

ee) (Ausschlussfrist für Mängelanzeige)
der Verwender dem anderen Vertragsteil für die Anzeige nicht offensichtlicher Mängel eine Ausschlussfrist setzt, die kürzer ist als die nach dem Doppelbuchstaben ff zulässige Frist;

ff) (Erleichterung der Verjährung)

die Verjährung von Ansprüchen gegen den Verwender wegen eines Mangels in den Fällen der §§ 438 Abs. 1 Nr. 2, 634a Abs. 1 Nr. 1 erleichtert oder in den sonstigen Fällen zu einer weniger als ein Jahr betragenden Verjährungsfrist ab dem gesetzlichen Verjährungsbeginn führt; dies gilt nicht für Verträge, in die Teil B der Verdingungsordnung für Bauleistungen insgesamt einbezogen ist;

9. (Laufzeit bei Dauerschuldverhältnissen)
bei einem Vertragsverhältnis, das die regelmäßige Lieferung von Waren oder die regelmäßige Erbringung von Dienst- oder Werkleistungen durch den Verwender zum Gegenstand hat,

a) eine den anderen Vertragsteil länger als zwei Jahre bindende Laufzeit des Vertrags,

b) eine den anderen Vertragsteil bindende stillschweigende Verlängerung des Vertragsverhältnisses um jeweils mehr als ein Jahr, oder

c) zu Lasten des anderen Vertragsteils eine längere Kündigungsfrist als drei Monate vor Ablauf der zunächst vorgesehenen oder stillschweigend verlängerten Vertragsdauer;

dies gilt nicht für Verträge über die Lieferung als zusammengehörig verkaufter Sachen, für Versicherungsverträge sowie für Verträge zwischen den Inhabern urheberrechtlicher Rechte und Ansprüche und Verwertungsgesellschaften im Sinne des Gesetzes über die Wahrnehmung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten;

10. (Wechsel des Vertragspartners)
eine Bestimmung, wonach bei Kauf-, Dienst- oder Werkverträgen ein Dritter anstelle des Verwenders in die sich aus dem Vertrag ergebenden Rechte und Pflichten eintritt oder eintreten kann, es sei denn, in der Bestimmung wird

a) der Dritte namentlich bezeichnet, oder

b) dem anderen Vertragsteil das Recht eingeräumt, sich vom Vertrag zu lösen;

11. (Haftung des Abschlussvertreters)
eine Bestimmung, durch die der Verwender einem Vertreter, der den Vertrag für den anderen Vertragsteil abschließt,

a) ohne hierauf gerichtete ausdrückliche und gesonderte Erklärung eine eigene Haftung oder Einstandspflicht, oder

b) im Falle vollmachtsloser Vertretung eine über § 179 hinausgehende Haftung auferlegt;

12. (Beweislast)
eine Bestimmung, durch die der Verwender die Beweislast zum Nachteil des anderen Vertragsteils ändert, insbesondere indem er

a) diesem die Beweislast für Umstände auferlegt, die im Verantwortungsbereich des Verwenders liegen, oder

b) den anderen Vertragsteil bestimmte Tatsachen bestätigen lässt;

Buchstabe b gilt nicht für Empfangsbekenntnisse, die gesondert unterschrieben oder mit einer gesonderten qualifizierten elektronischen Signatur versehen sind;

13. (Form von Anzeigen und Erklärungen)
eine Bestimmung, durch die Anzeigen oder Erklärungen, die dem Verwender oder einem Dritten gegenüber abzugeben sind, an eine strengere Form als die Schriftform oder an besondere Zugangserfordernisse gebunden werden.

§ 310
Anwendungsbereich

(1) § 305 Abs. 2 und 3 und die §§ 308 und 309 finden keine Anwendung auf Allgemeine Geschäftsbedingungen, die gegenüber einem Unternehmer, einer juristischen Person des öffentlichen Rechts oder einem öffentlich-rechtlichen Sondervermögen

verwendet werden. § 307 Abs. 1 und 2 findet in den Fällen des Satzes 1 auch insoweit Anwendung, als dies zur Unwirksamkeit von in den §§ 308 und 309 genannten Vertragsbestimmungen führt; auf die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche ist angemessen Rücksicht zu nehmen.

(2) Die §§ 308 und 309 finden keine Anwendung auf Verträge der Elektrizitäts-, Gas-, Fernwärme- und Wasserversorgungsunternehmen über die Versorgung von Sonderabnehmern mit elektrischer Energie, Gas, Fernwärme und Wasser aus dem Versorgungsnetz, soweit die Versorgungsbedingungen nicht zum Nachteil der Abnehmer von den Verordnungen über Allgemeine Bedingungen für die Versorgung von Tarifkunden mit elektrischer Energie, Gas, Fernwärme und Wasser abweichen. Satz 1 gilt entsprechend für Verträge über die Entsorgung von Abwasser.

(3) Bei Verträgen zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher (Verbraucherverträge) finden die Vorschriften dieses Abschnitts mit folgenden Maßgaben Anwendung:

1. Allgemeine Geschäftsbedingungen gelten als vom Unternehmer gestellt, es sei denn, dass sie durch den Verbraucher in den Vertrag eingeführt wurden;

2. die § 305c Abs. 2 und §§ 306 bis 309 dieses Gesetzes sowie Artikel 29a des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche finden auf vorformulierte Vertragsbedingungen auch dann Anwendung, wenn diese nur zur einmaligen Verwendung bestimmt sind und soweit der Verbraucher auf Grund der Vorformulierung auf ihren Inhalt keinen Einfluss nehmen konnte;

3. bei der Beurteilung der unangemessenen Benachteiligung nach § 307 Abs. 1 und 2 sind auch die den Vertragsschluss begleitenden Umstände zu berücksichtigen.

(4) Dieser Abschnitt findet keine Anwendung bei Verträgen auf dem Gebiet des Arbeits-, Erb-, Familien- und Gesellschaftsrechts.“

13. Im zweiten Buch wird der bisherige zweite Abschnitt der dritte Abschnitt; die §§ 305 bis 314 und die Gliederungsüberschrift des ersten Titels werden durch folgende Vorschriften und Gliederungsüberschriften ersetzt:

„Titel 1
Begründung, Inhalt und Beendigung

Untertitel 1
Begründung

§ 311
Rechtsgeschäftliche Schuldverhältnisse

(1) Zur Begründung eines Schuldverhältnisses durch Rechtsgeschäft sowie zur Änderung des Inhalts eines Schuldverhältnisses ist ein Vertrag zwischen den Beteiligten erforderlich, soweit nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt.

(2) Ein Schuldverhältnis mit Pflichten nach § 241 Abs. 2 entsteht auch durch

1. die Aufnahme von Vertragsverhandlungen,

2. die Anbahnung eines Vertrags, bei welcher der eine Teil im Hinblick auf eine etwaige rechtsgeschäftliche Beziehung dem anderen Teil die Möglichkeit zur Einwirkung auf seine Rechte, Rechtsgüter und Interessen gewährt oder ihm diese anvertraut, oder

3. ähnliche geschäftliche Kontakte.

(3) Ein Schuldverhältnis mit Pflichten nach § 241 Abs. 2 kann auch zu Personen entstehen, die nicht selbst Vertragspartei werden sollen. Ein solches Schuldverhältnis entsteht insbesondere, wenn der Dritte in besonderem Maße Vertrauen für sich in Anspruch nimmt und dadurch die Vertragsverhandlungen oder den Vertragsschluss erheblich beeinflusst.

§ 311a
Ausschluss der Leistungspflicht bei Vertragsschluss

(1) Der Wirksamkeit eines Vertrags steht es nicht entgegen, dass der Schuldner nach § 275 Abs. 1 oder 2 nicht zu leisten braucht und das Leistungshindernis schon bei Vertragsschluss vorliegt.

(2) Der Gläubiger kann nach seiner Wahl Schadensersatz statt der Leistung oder Ersatz seiner Aufwendungen in dem in § 284 bestimmten Umfang verlangen, es sei denn, der Schuldner kannte das Leistungshindernis nicht und hat seine Unkenntnis auch nicht zu vertreten. § 281 Abs. 1 Satz 3 und Abs. 4 finden entsprechende Anwendung.

§ 311b
Verträge über Grundstücke, das Vermögen und den Nachlass

(1) Ein Vertrag, durch den sich der eine Teil verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstück zu übertragen oder zu erwerben, bedarf der notariellen Beurkundung. Ein ohne Beachtung dieser Form geschlossener Vertrag wird seinem ganzen Inhalt nach gültig, wenn die Auflassung und die Eintragung in das Grundbuch erfolgen.

(2) Ein Vertrag, durch den sich der eine Teil verpflichtet, sein künftiges Vermögen oder einen Bruchteil seines künftigen Vermögens zu übertragen oder mit einem Nießbrauch zu belasten, ist nichtig.

(3) Ein Vertrag, durch den sich der eine Teil verpflichtet, sein gegenwärtiges Vermögen oder einen Bruchteil seines gegenwärtigen Vermögens zu übertragen oder mit einem Nießbrauch zu belasten, bedarf der notariellen Beurkundung.

(4) Ein Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten ist nichtig. Das gleiche gilt von einem Vertrag über den Pflichtteil oder ein Vermächtnis aus dem Nachlass eines noch lebenden Dritten.

(5) Absatz 4 gilt nicht für einen Vertrag, der unter künftigen gesetzlichen Erben über den gesetzlichen Erbteil oder den Pflichtteil eines von ihnen geschlossen wird. Ein solcher Vertrag bedarf der notariellen Beurkundung.

§ 311c
Erstreckung auf Zubehör

Verpflichtet sich jemand zur Veräußerung oder Belastung einer Sache, so erstreckt sich diese Verpflichtung im Zweifel auch auf das Zubehör der Sache.

Untertitel 2
Besondere Vertriebsformen

§ 312
Widerrufsrecht bei Haustürgeschäften

(1) Bei einem Vertrag zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher, der eine entgeltliche Leistung zum Gegenstand hat und zu dessen Abschluss der Verbraucher

1. durch mündliche Verhandlungen an seinem Arbeitsplatz oder im Bereich einer Privatwohnung,

2. anlässlich einer vom Unternehmer oder von einem Dritten zumindest auch im Interesse des Unternehmers durchgeführten Freizeitveranstaltung oder

3. im Anschluss an ein überraschendes Ansprechen in Verkehrsmitteln oder im Bereich öffentlich zugänglicher Verkehrsflächen

bestimmt worden ist (Haustürgeschäfte), steht dem Verbraucher ein Widerrufsrecht gemäß § 355 zu. Dem Verbraucher kann anstelle des Widerrufsrechts ein Rückgabe-recht nach § 356 eingeräumt werden, wenn zwischen dem Verbraucher und dem Unternehmer im Zusammenhang mit diesem oder einem späteren Geschäft auch eine ständige Verbindung aufrechterhalten werden soll.

(2) Das Widerrufs- oder Rückgaberecht besteht nicht bei Versicherungsverträgen o-der wenn

1. im Fall von Absatz 1 Nr. 1 die mündlichen Verhandlungen, auf denen der Ab-schluss des Vertrags beruht, auf vorhergehende Bestellung des Verbrauchers geführt worden sind oder

2. die Leistung bei Abschluss der Verhandlungen sofort erbracht und bezahlt wird und das Entgelt 40 Euro nicht übersteigt oder

3. die Willenserklärung des Verbrauchers von einem Notar beurkundet worden ist.

§ 312a
Verhältnis zu anderen Vorschriften

(1) Erfüllt ein Haustürgeschäft zugleich die Voraussetzungen eines Geschäfts nach § 11 des Gesetzes über den Vertrieb ausländischer Investmentanteile und über die Besteuerung der Erträge aus ausländischen Investmentanteilen, nach § 23 des Gesetzes über Kapitalanlagegesellschaften oder nach § 4 des Gesetzes zum Schutz der Teilnehmer am Fernunterricht, so finden nur die Vorschriften dieser Gesetze Anwendung.

(2) Erfüllt ein Haustürgeschäft zugleich die Voraussetzungen eines Verbraucherdarlehens- oder eines Teilzeit-Wohnrechtevertrags, so finden in Bezug auf das Widerrufsrecht nur die für solche Verträge geltenden Vorschriften Anwendung.

§ 312b
Fernabsatzverträge

(1) Fernabsatzverträge sind Verträge über die Lieferung von Waren oder über die Erbringung von Dienstleistungen, die zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher unter ausschließlicher Verwendung von Fernkommunikationsmitteln abgeschlossen werden, es sei denn, dass der Vertragsschluss nicht im Rahmen eines für den Fernabsatz organisierten Vertriebs- oder Dienstleistungssystems erfolgt.

(2) Fernkommunikationsmittel sind Kommunikationsmittel, die zur Anbahnung oder zum Abschluss eines Vertrags zwischen einem Verbraucher und einem Unternehmer ohne gleichzeitige körperliche Anwesenheit der Vertragsparteien eingesetzt werden können, insbesondere Briefe, Kataloge, Telefonanrufe, Telekopien, E-Mails sowie Rundfunk, Tele- und Mediendienste.

(3) Die Vorschriften über Fernabsatzverträge finden keine Anwendung auf Verträge

1. über Fernunterricht (§ 1 Fernunterrichtsschutzgesetz),

2. über die Teilzeitnutzung von Wohngebäuden (§ 481),

3. über Finanzgeschäfte, insbesondere Bankgeschäfte, Finanz- und Wertpapierdienstleistungen und Versicherungen sowie deren Vermittlung, ausgenommen die Vermittlung von Darlehensverträgen,

4. über die Veräußerung von Grundstücken und grundstücksgleichen Rechten, die Begründung, Veräußerung und Aufhebung von dinglichen Rechten an Grundstücken und grundstücksgleichen Rechten sowie über die Errichtung von Bauwerken,

5. über die Lieferung von Lebensmitteln, Getränken oder sonstigen Haushaltsgegenständen des täglichen Bedarfs, die am Wohnsitz, am Aufenthaltsort oder am Arbeitsplatz eines Verbrauchers von Unternehmern im Rahmen häufiger und regelmäßiger Fahrten geliefert werden,

6. über die Erbringung von Dienstleistungen in den Bereichen Unterbringung, Beförderung, Lieferung von Speisen und Getränken sowie Freizeitgestaltung, wenn sich der Unternehmer bei Vertragsschluss verpflichtet, die Dienstleistungen zu einem bestimmten Zeitpunkt oder innerhalb eines genau angegebenen Zeitraums zu erbringen,

7. die geschlossen werden

   a) unter Verwendung von Warenautomaten oder automatisierten Geschäftsräumen oder

   b) mit Betreibern von Telekommunikationsmitteln auf Grund der Benutzung von öffentlichen Fernsprechern, soweit sie deren Benutzung zum Gegenstand haben.

§ 312c
Unterrichtung des Verbrauchers beim Abschluss von Fernabsatzverträgen

(1) Der Unternehmer hat den Verbraucher rechtzeitig vor Abschluss eines Fernabsatzvertrags in einer dem eingesetzten Fernkommunikationsmittel entsprechenden Weise klar und verständlich zu informieren über

1. die in der Rechtsverordnung nach Artikel 240 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche bestimmten Einzelheiten des Vertrags und

2. den gewerblichen Zweck des Vertrags.

Bei Telefongesprächen muss der Unternehmer seine Identität und den gewerblichen Zweck des Vertrags bereits zu Beginn des Gesprächs ausdrücklich offenlegen.

(2) Soweit nicht ein anderes bestimmt ist, hat der Unternehmer dem Verbraucher die Informationen nach Absatz 1 Nr. 1 und die in der in Absatz 1 genannten Rechtsverordnung aufgeführten weiteren Informationen in der dort bestimmten Art und Weise alsbald, spätestens bis zur vollständigen Erfüllung des Vertrags, bei Waren spätestens bei Lieferung an den Verbraucher, auf einem dauerhaften Datenträger zur Verfügung zu stellen.

(3) Absatz 2 gilt nicht für Dienstleistungen, die unmittelbar durch Einsatz von Fernkommunikationsmitteln erbracht werden, sofern diese Leistungen in einem Mal erfolgen und über den Betreiber der Fernkommunikationsmittel abgerechnet werden. Der Verbraucher muss sich in diesem Fall aber über die Anschrift der Niederlassung des Unternehmers informieren können, bei der er Beanstandungen vorbringen kann.

(4) Weitergehende Einschränkungen bei der Verwendung von Fernkommunikationsmitteln und weitergehende Informationspflichten auf Grund anderer Vorschriften bleiben unberührt.

§ 312d
Widerrufs- und Rückgaberecht bei Fernabsatzverträgen

(1) Dem Verbraucher steht bei einem Fernabsatzvertrag ein Widerrufsrecht nach § 355 zu. Anstelle des Widerrufsrechts kann dem Verbraucher bei Verträgen über die Lieferung von Waren ein Rückgaberecht nach § 356 eingeräumt werden.

(2) Die Widerrufsfrist beginnt abweichend von § 355 Abs. 2 Satz 1 nicht vor Erfüllung der Informationspflichten gemäß § 312c Abs. 1 und 2, bei der Lieferung von Waren nicht vor dem Tag ihres Eingangs beim Empfänger, bei der wiederkehrenden Lieferung gleichartiger Waren nicht vor dem Tag des Eingangs der ersten Teillieferung und bei Dienstleistungen nicht vor dem Tag des Vertragsschlusses; § 355 Abs. 2 Satz 2 findet keine Anwendung.

(3) Das Widerrufsrecht erlischt bei einer Dienstleistung abweichend von § 355 Abs. 3, wenn der Unternehmer mit der Ausführung der Dienstleistung mit ausdrücklicher Zustimmung des Verbrauchers vor Ende der Widerrufsfrist begonnen hat oder der Verbraucher diese selbst veranlasst hat.

(4) Das Widerrufsrecht besteht, soweit nicht ein anderes bestimmt ist, nicht bei Fernabsatzverträgen

1. zur Lieferung von Waren, die nach Kundenspezifikation angefertigt werden oder eindeutig auf die persönlichen Bedürfnisse zugeschnitten sind oder die auf Grund ihrer Beschaffenheit nicht für eine Rücksendung geeignet sind oder schnell verderben können oder deren Verfalldatum überschritten würde,

2. zur Lieferung von Audio- oder Videoaufzeichnungen oder von Software, sofern die gelieferten Datenträger vom Verbraucher entsiegelt worden sind,

3. zur Lieferung von Zeitungen, Zeitschriften und Illustrierten,

4. zur Erbringung von Wett- und Lotterie-Dienstleistungen oder

5. die in der Form von Versteigerungen (§ 156) geschlossen werden.

§ 312e
Pflichten im
elektronischen Geschäftsverkehr

(1) Bedient sich ein Unternehmer zum Zwecke des Abschlusses eines Vertrags über die Lieferung von Waren oder über die Erbringung von Dienstleistungen eines Tele- oder Mediendienstes (Vertrag im elektronischen Geschäftsverkehr), hat er dem Empfänger (Kunden)

1. angemessene, wirksame und zugängliche technische Mittel zur Verfügung zu stellen, mit deren Hilfe der Kunde Eingabefehler vor Abgabe seiner auf den Vertragsschluss gerichteten Willenserklärung (Bestellung) erkennen und berichtigen kann,

2. rechtzeitig vor Abgabe von dessen Bestellung klar und verständlich die in der Rechtsverordnung nach Artikel 241 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuch bestimmten, den Vertrag im elektronischen Geschäftsverkehr betreffenden Informationen zu erteilen,

3. den Zugang von dessen Bestellung unverzüglich auf elektronischem Wege zu bestätigen und

4. die Möglichkeit zu verschaffen, die Vertragsbestimmungen einschließlich der einbezogenen Allgemeinen Geschäftsbedingungen alsbald, spätestens bis zur vollständigen Erfüllung des Vertrags, bei Waren spätestens bei Lieferung an den Kunden abzurufen und in wiedergabefähiger Form zu speichern.

Bestellung und Empfangsbestätigung im Sinne von Satz 1 Nr. 3 gelten als zugegangen, wenn die Parteien, für die sie bestimmt sind, sie unter gewöhnlichen Umständen abrufen können.

(2) Absatz 1 Satz 1 Nr. 1 bis 3 findet keine Anwendung, wenn der Vertrag

1. ausschließlich durch individuelle Kommunikation geschlossen wird oder

2. zwischen Unternehmern etwas anderes vereinbart wird.

(3) Weitergehende Informationspflichten auf Grund anderer Vorschriften bleiben unberührt. Steht dem Kunden ein Widerrufsrecht gemäß § 355 zu, beginnt die Widerrufsfrist abweichend von § 355 Abs. 2 Satz 1 nicht vor Erfüllung der in Absatz 1 Satz 1 geregelten Pflichten.

§ 312f
Abweichende Vereinbarungen

Von den Vorschriften dieses Untertitels darf, soweit nicht ein anderes bestimmt ist, nicht zum Nachteil des Verbrauchers oder Kunden abgewichen werden. Die Vorschriften dieses Untertitels finden, soweit nicht ein anderes bestimmt ist, auch Anwendung, wenn sie durch anderweitige Gestaltungen umgangen werden.

Untertitel 3
Anpassung und Beendigung von Verträgen

§ 313
Störung der Geschäftsgrundlage

(1) Haben sich Umstände, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert und hätten die Parteien den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen, wenn sie diese Veränderung vorausgesehen hätten, so kann Anpassung des Vertrags verlangt werden, soweit einem Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann.

(2) Einer Veränderung der Umstände steht es gleich, wenn wesentliche Vorstellungen, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, sich als falsch herausstellen.

(3) Ist eine Anpassung des Vertrags nicht möglich oder einem Teil nicht zumutbar, so kann der benachteiligte Teil vom Vertrag zurücktreten. An die Stelle des Rücktrittsrechts tritt für Dauerschuldverhältnisse das Recht zur Kündigung.

§ 314

Kündigung von Dauerschuldverhältnissen

aus wichtigem Grund

(1) Dauerschuldverhältnisse kann jeder Vertragsteil aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist kündigen. Ein wichtiger Grund liegt vor, wenn dem kündigenden Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses bis zur vereinbarten Beendigung oder bis zum Ablauf einer Kündigungsfrist nicht zugemutet werden kann.

(2) Besteht der wichtige Grund in der Verletzung einer Pflicht aus dem Vertrag, ist die Kündigung erst nach erfolglosem Ablauf einer zur Abhilfe bestimmten Frist oder nach erfolgloser Abmahnung zulässig. § 323 Abs. 2 findet entsprechende Anwendung.

(3) Der Berechtigte kann nur innerhalb einer angemessenen Frist kündigen, nachdem er vom Kündigungsgrund Kenntnis erlangt hat.

(4) Die Berechtigung, Schadensersatz zu verlangen, wird durch die Kündigung nicht ausgeschlossen.

Untertitel 4

Einseitige Leistungsbestimmungsrechte“

14. § 321 wird wie folgt gefasst:

„§ 321

Unsicherheitseinrede

(1) Wer aus einem gegenseitigem Vertrag vorzuleisten verpflichtet ist, kann die ihm obliegende Leistung verweigern, wenn nach Abschluss des Vertrags erkennbar wird, dass sein Anspruch auf die Gegenleistung durch mangelnde Leistungsfähigkeit des anderen Teils gefährdet wird. Das Leistungsverweigerungsrecht entfällt, wenn die Gegenleistung bewirkt oder Sicherheit für sie geleistet wird.

(2) Der Vorleistungspflichtige kann eine angemessene Frist bestimmen, in welcher der andere Teil Zug um Zug gegen die Leistung nach seiner Wahl die Gegenleistung

zu bewirken oder Sicherheit zu leisten hat. Nach erfolglosem Ablauf der Frist kann der Vorleistungspflichtige vom Vertrag zurücktreten. § 323 findet entsprechende Anwendung.”

15. Die §§ 323 bis 326 werden wie folgt gefasst:

„§ 323
Rücktritt wegen
nicht oder nicht vertragsgemäß erbrachter Leistung

(1) Erbringt bei einem gegenseitigen Vertrag der Schuldner eine fällige Leistung nicht oder nicht vertragsgemäß, so kann der Gläubiger, wenn er dem Schuldner eine angemessene Frist zur Leistung oder Nacherfüllung bestimmt hat und die Frist erfolglos abgelaufen ist, vom Vertrag zurücktreten, es sei denn, dass der Schuldner trotz der Fristsetzung nicht mit dem Rücktritt rechnen musste.

(2) Die Fristsetzung ist entbehrlich, wenn

1. der Schuldner die Leistung ernsthaft und endgültig verweigert,

2. der Schuldner die Leistung zu einem im Vertrag bestimmten Termin oder innerhalb einer bestimmten Frist nicht bewirkt und der Gläubiger im Vertrag den Fortbestand seines Leistungsinteresses an die Rechtzeitigkeit der Leistung gebunden hat oder

3. besondere Umstände vorliegen, die unter Abwägung der beiderseitigen Interessen den sofortigen Rücktritt rechtfertigen.

(3) Der Gläubiger kann bereits vor dem Eintritt der Fälligkeit der Leistung zurücktreten, wenn offensichtlich ist, dass die Voraussetzungen des Rücktritts eintreten werden.

(4) Hat der Schuldner eine Teilleistung bewirkt, so kann der Gläubiger vom ganzen Vertrag nur zurücktreten, wenn er an der Teilleistung kein Interesse hat. Hat der Schuldner die Leistung nicht vertragsgemäß bewirkt, so kann der Gläubiger vom Vertrag nicht zurücktreten, wenn die Pflichtverletzung unerheblich ist.

(5) Der Rücktritt ist ausgeschlossen, wenn der Gläubiger für den Umstand, der ihn zum Rücktritt berechtigen würde, allein oder weit überwiegend verantwortlich ist, oder wenn der vom Schuldner nicht zu vertretende Umstand zu einer Zeit eintritt, zu welcher der Gläubiger im Verzug der Annahme ist.

§ 324
Rücktritt wegen Verletzung einer sonstigen Pflicht

Verletzt der Schuldner eine sonstige Pflicht aus einem gegenseitigen Vertrag, so kann der Gläubiger zurücktreten, wenn die Pflichtverletzung wesentlich ist und dem Gläubiger ein Festhalten am Vertrag nicht mehr zuzumuten ist. § 323 Abs. 5 gilt entsprechend.

§ 325
Schadensersatz und Rücktritt

Das Recht, bei einem gegenseitigen Vertrag Schadensersatz zu verlangen, wird durch den Rücktritt nicht ausgeschlossen.

§ 326
Gegenleistung beim Ausschluss der Leistungspflicht

(1) Braucht der Schuldner nach § 275 Abs. 1 oder 2 nicht zu leisten, entfällt der Anspruch auf die Gegenleistung. Bei einer Teilleistung gilt § 441 Abs. 3 entsprechend; der Gläubiger kann in diesem Fall vom ganzen Vertrag zurücktreten, wenn er an der bewirkten Leistung kein Interesse hat. Hat der Schuldner die Leistung nicht vertragsgemäß bewirkt, so findet § 323 mit der Maßgabe entsprechende Anwendung, dass die Fristsetzung entbehrlich ist.

(2) Ist der Gläubiger für den Umstand, auf Grund dessen der Schuldner nach § 275 Abs. 1 oder 2 nicht zu leisten braucht, allein oder weit überwiegend verantwortlich oder tritt dieser vom Schuldner nicht zu vertretende Umstand zu einer Zeit ein, zu welcher der Gläubiger im Verzug der Annahme ist, so behält der Schuldner den Anspruch auf die Gegenleistung. Er muss sich jedoch dasjenige anrechnen lassen, was er infolge der Befreiung von der Leistung erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlässt.

(3) Verlangt der Gläubiger nach § 285 Herausgabe des für den geschuldeten Gegenstand erlangten Ersatzes oder Abtretung des Ersatzanspruchs, so bleibt er zur Gegenleistung verpflichtet. Diese mindert sich jedoch nach Maßgabe des § 441 Abs. 3 insoweit, als der Wert des Ersatzes oder des Ersatzanspruchs hinter dem Wert der geschuldeten Leistung zurückbleibt.

(4) Soweit die nach dieser Vorschrift nicht geschuldete Gegenleistung bewirkt ist, kann das Geleistete nach §§ 346 bis 348 zurückgefordert werden."

16. § 327 wird aufgehoben.

17. Die Überschrift des fünften Titels des bisherigen zweiten Abschnitts des zweiten Buches wird wie folgt gefasst:

„Titel 5
Rücktritt,
Widerrufs- und Rückgaberecht
bei Verbraucherverträgen"

18. Dem § 346 wird folgende Gliederungseinheit vorangestellt:

„Untertitel 1
Rücktritt"

19. Die §§ 346 und 347 werden wie folgt gefasst:

„§ 346
Wirkungen des Rücktritts

(1) Hat sich eine Vertragspartei vertraglich den Rücktritt vorbehalten oder steht ihr ein gesetzliches Rücktrittsrecht zu, so sind im Falle des Rücktritts die empfangenen Leistungen zurückzugewähren und die gezogenen Nutzungen unter Einschluss der durch den bestimmungsgemäßen Gebrauch entstandenen Abnutzung herauszugeben.

(2) Statt der Rückgewähr hat der Schuldner Wertersatz zu leisten, soweit

1. die Rückgewähr oder die Herausgabe nach der Natur des Erlangten ausgeschlossen ist,

2. er den empfangenen Gegenstand verbraucht, veräußert, belastet, verarbeitet oder umgestaltet hat,

3. der empfangene Gegenstand sich verschlechtert hat oder untergegangen ist; jedoch bleibt die durch die bestimmungsgemäße Ingebrauchnahme entstandene Verschlechterung außer Betracht.

Ist im Vertrag eine Gegenleistung bestimmt, so tritt sie an die Stelle des Wertersatzes.

(3) Die Pflicht zum Wertersatz entfällt,

1. wenn sich der zum Rücktritt berechtigende Mangel erst während der Verarbeitung oder Umgestaltung des Gegenstandes gezeigt hat,

2. soweit der Gläubiger die Verschlechterung oder den Untergang zu vertreten hat oder der Schaden bei ihm gleichfalls eingetreten wäre,

3. wenn im Fall eines gesetzlichen Rücktrittsrechts die Verschlechterung oder der Untergang beim Berechtigten eingetreten ist, obwohl dieser diejenige Sorgfalt beobachtet hat, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt.

Eine verbleibende Bereicherung ist herauszugeben.

(4) Der Gläubiger kann wegen Verletzung einer Pflicht aus Absatz 1 nach Maßgabe der §§ 280 bis 283 Schadensersatz verlangen.

§ 347
Nutzungen und Verwendungen
nach Rücktritt

(1) Zieht der Schuldner Nutzungen entgegen den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft nicht, obwohl ihm das möglich gewesen wäre, so ist er dem Gläubiger zum Wertersatz verpflichtet. Im Fall eines gesetzlichen Rücktrittsrechts hat der Berechtigte

hinsichtlich der Nutzungen nur für diejenige Sorgfalt einzustehen, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt.

(2) Gibt der Schuldner den Gegenstand zurück, leistet er Wertersatz oder ist seine Wertersatzpflicht gemäß § 346 Abs. 3 Nr. 1 oder 2 ausgeschlossen, so sind ihm notwendige Verwendungen zu ersetzen. Andere Aufwendungen sind zu ersetzen, soweit der Gläubiger durch diese bereichert wird.“

20. Die §§ 350 bis 354 werden aufgehoben.

21. § 355 wird § 350 und wie folgt gefasst:

„§ 350
Erlöschen des Rücktrittsrechts
nach Fristsetzung

Ist für die Ausübung des vertraglichen Rücktrittsrechts eine Frist nicht vereinbart, so kann dem Berechtigten von dem anderen Teil für die Ausübung eine angemessene Frist bestimmt werden. Das Rücktrittsrecht erlischt, wenn nicht der Rücktritt vor dem Ablauf der Frist erklärt wird.“

22. § 356 wird § 351.

23. § 357 wird § 352 und wird wie folgt gefasst:

„§ 352
Aufrechnung nach Nichterfüllung

Der Rücktritt wegen Nichterfüllung einer Verbindlichkeit wird unwirksam, wenn der Schuldner sich von der Verbindlichkeit durch Aufrechnung befreien konnte und unverzüglich nach dem Rücktritt die Aufrechnung erklärt.“

24. § 358 wird aufgehoben.

25. Die §§ 359 und 360 werden die §§ 353 und 354.

26. Nach dem neuen § 354 wird folgender Untertitel eingefügt:

„Untertitel 2
Widerrufs- und Rückgaberecht
bei Verbraucherverträgen

§ 355
Widerrufsrecht
bei Verbraucherverträgen

(1) Wird einem Verbraucher in diesem oder einem anderen Gesetz ein Widerrufsrecht nach dieser Vorschrift eingeräumt, so ist er an seine auf den Abschluss eines Vertrags mit einem Unternehmer gerichtete Willenserklärung nicht mehr gebunden, wenn er sie fristgerecht widerrufen hat. Der Widerruf muss keine Begründung enthalten und ist schriftlich, auf einem anderen dauerhaften Datenträger oder durch Rücksendung der Sache innerhalb von zwei Wochen zu erklären; zur Fristwahrung genügt die rechtzeitige Absendung.

(2) Die Frist beginnt mit dem Zeitpunkt, zu dem dem Verbraucher eine deutlich gestaltete Belehrung über sein Widerrufsrecht, die ihm entsprechend den Erfordernissen des eingesetzten Kommunikationsmittels seine Rechte deutlich macht, auf einem dauerhaften Datenträger zur Verfügung gestellt worden ist, die auch Namen und Anschrift desjenigen, gegenüber dem der Widerruf zu erklären ist, und einen Hinweis auf den Fristbeginn und die Regelung des Absatzes 1 Satz 2 enthält. Sie ist vom Verbraucher bei anderen als notariell beurkundeten Verträgen gesondert zu unterschreiben oder mit einer qualifizierten elektronischen Signatur zu versehen. Ist der Vertrag schriftlich abzuschließen, so beginnt die Frist nicht zu laufen, bevor dem Verbraucher auch eine Vertragsurkunde, der schriftliche Antrag des Verbrauchers oder eine Abschrift der Vertragsurkunde oder des Antrags ausgehändigt werden. Ist der Fristbeginn streitig, so trifft die Beweislast den Unternehmer.

(3) Das Widerrufsrecht erlischt spätestens sechs Monate nach Vertragsschluss. Bei der Lieferung von Waren beginnt die Frist nicht vor dem Tag ihres Eingangs beim Empfänger.

§ 356
Rückgaberecht
bei Verbraucherverträgen

(1) Das Widerrufsrecht nach § 355 kann, soweit dies ausdrücklich durch Gesetz zugelassen ist, beim Vertragsschluss auf Grund eines Verkaufsprospekts im Vertrag durch ein uneingeschränktes Rückgaberecht ersetzt werden. Voraussetzung ist, dass

1. im Verkaufsprospekt eine deutlich gestaltete Belehrung über das Rückgaberecht enthalten ist,

2. der Verbraucher den Verkaufsprospekt in Abwesenheit des Unternehmers eingehend zur Kenntnis nehmen konnte und

3. dem Verbraucher auf einem dauerhaften Datenträger das Rückgaberecht eingeräumt wird.

(2) Das Rückgaberecht kann nur durch fristgerechte Rücksendung der Sache oder, wenn diese nicht oder nicht als Paket versandt werden kann, durch Rücknahmeverlangen in den anderen Formen des § 355 Abs. 1 Satz 2 ausgeübt werden.

§ 357
Rechtsfolgen des
Widerrufs und der Rückgabe

(1) Auf das Widerrufs- und das Rückgaberecht finden, soweit nicht ein anderes bestimmt ist, die Vorschriften über den gesetzlichen Rücktritt entsprechende Anwendung. Die in § 286 Abs. 3 bestimmte Frist beginnt mit der Widerrufs- oder Rückgabeerklärung des Verbrauchers.

(2) Der Verbraucher ist zur Rücksendung auf Kosten und Gefahr des Unternehmers verpflichtet. Wenn ein Widerrufsrecht besteht, dürfen dem Verbraucher bei einer Bestellung bis zu einem Betrag von 40 Euro die regelmäßigen Kosten der Rücksendung vertraglich auferlegt werden, es sei denn, dass die gelieferte Ware nicht der bestellten entspricht.

(3) Der Verbraucher hat abweichend von § 346 Abs. 2 Nr. 3 eine durch die bestimmungsgemäße Ingebrauchnahme der Sache entstandene Wertminderung zu ersetzen, wenn er vorher in der Form des § 355 Abs. 2 Satz 1 und 2 auf diese Rechtsfolge und eine Möglichkeit hingewiesen worden ist, sie zu vermeiden. Dies gilt nicht, wenn die Wertminderung ausschließlich auf die Prüfung der Sache zurückzuführen ist. § 346 Abs. 3 Nr. 3 findet nur Anwendung, wenn der Verbraucher über sein Widerrufsrecht nicht ordnungsgemäß belehrt worden ist und er hiervon auch keine anderweitige Kenntnis erlangt hat.

(4) Weitergehende Ansprüche bestehen nicht.

§ 358

Verbundene Verträge

(1) Hat der Verbraucher seine auf den Abschluss eines Vertrags über die Lieferung einer Ware oder die Erbringung einer anderen Leistung durch einen Unternehmer gerichtete Willenserklärung nach Maßgabe der §§ 355, 356 wirksam widerrufen, so ist er auch an seine auf den Abschluss eines mit diesem Vertrag verbundenen Darlehensvertrags gerichtete Willenserklärung nicht mehr gebunden.

(2) Hat der Verbraucher seine auf den Abschluss eines Verbraucherdarlehensvertrags gerichtete Willenserklärung nach Maßgabe der §§ 355, 356 wirksam widerrufen, so ist er auch an seine auf den Abschluss eines mit diesem Darlehensvertrag verbundenen Vertrags über die Lieferung einer Ware oder die Erbringung einer anderen Leistung gerichteten Willenserklärung nicht mehr gebunden. Dies gilt nicht, wenn die auf den Abschluss des mit dem Darlehensvertrags verbundenen Vertrags gerichtete Willenserklärung nach Maßgabe dieses Untertitels widerrufen werden kann; hierfür gilt allein Absatz 1.

(3) Ein Vertrag über die Lieferung einer Ware oder die Erbringung einer anderen Leistung und ein Darlehensvertrag sind verbunden, wenn das Darlehen ganz oder teilweise der Finanzierung des anderen Vertrags dient und beide Verträge eine wirtschaftliche Einheit bilden. Eine wirtschaftliche Einheit ist insbesondere anzunehmen, wenn der Unternehmer selbst die Gegenleistung des Verbrauchers finanziert, oder im Fall der Finanzierung durch einen Dritten, wenn sich der Darlehensgeber bei der Vorbereitung oder dem Abschluss des Darlehensvertrags der Mitwirkung des Unternehmers bedient.

(4) § 357 gilt für den verbundenen Vertrag entsprechend. Im Falle des Absatzes 1 sind jedoch Ansprüche auf Zahlung von Zinsen und Kosten aus der Rückabwicklung des Darlehensvertrags gegen den Verbraucher ausgeschlossen. Im Falle des Absatzes 2 tritt der Darlehensgeber im Verhältnis zum Verbraucher hinsichtlich der Rechtsfolgen des Widerrufs oder der Rückgabe in die Rechte und Pflichten des Unternehmers aus dem verbundenen Vertrag ein, wenn das Darlehen dem Unternehmer bei Wirksamwerden des Widerrufs oder der Rückgabe bereits zugeflossen ist.

(5) Die erforderliche Belehrung über das Widerrufs- oder Rückgaberecht muss auf die Rechtsfolge nach Absatz 1 und 2 hinweisen.

§ 359

Einwendung bei verbundenen Verträgen

Der Verbraucher kann die Rückzahlung des Darlehens verweigern, soweit Einwendungen aus dem verbundenen Vertrag ihn gegenüber dem Unternehmer, mit dem er den verbundenen Vertrag geschlossen hat, zur Verweigerung seiner Leistung berechtigen würden. Dies gilt nicht, wenn das finanzierte Entgelt 200 Euro nicht überschreitet, sowie bei Einwendungen, die auf einer zwischen dem anderen Unternehmer und dem Verbraucher nach Abschluss des Darlehensvertrags vereinbarten Vertragsänderung beruhen. Kann der Verbraucher Nacherfüllung verlangen, so kann er die Rückzahlung des Darlehens erst verweigern, wenn die Nacherfüllung fehlgeschlagen ist.

§ 360

Dauerhafter Datenträger

Informationen oder Erklärungen sind dem Verbraucher auf einem dauerhaften Datenträger zur Verfügung gestellt, wenn sie ihm in einer Urkunde oder in einer anderen lesbaren Form zugegangen sind, die dem Verbraucher für eine den Erfordernissen des Rechtsgeschäfts entsprechende Zeit die inhaltlich unveränderte Wiedergabe der Informationen erlaubt. Die Beweislast für den Informations- oder Erklärungsinhalt trifft den Unternehmer. Dies gilt für Erklärungen des Verbrauchers gegenüber dem Unternehmer sinngemäß.“

27. Die §§ 361 bis 361b werden aufgehoben.

28. § 390 Satz 2 wird aufgehoben.

29. In § 425 Abs. 2 wird das Wort „Unterbrechung“ durch das Wort „Neubeginn“ ersetzt.

30. Im zweiten Buch werden der bisherige dritte und der vierte bis sechste Abschnitt die Abschnitte 4 bis 7.

31. Im zweiten Buch wird der bisherige siebente Abschnitt der Abschnitt 8 und dessen erster Titel wird durch folgende Titel ersetzt:

„Titel 1
Kauf, Tausch

Untertitel 1
Allgemeine Vorschriften

§ 433
Vertragstypische Pflichten beim Kaufvertrag

(1) Durch den Kaufvertrag wird der Verkäufer einer Sache verpflichtet, dem Käufer die Sache zu übergeben und das Eigentum an der Sache zu verschaffen. Der Verkäufer hat dem Käufer die Sache frei von Sach- und Rechtsmängeln zu verschaffen.

(2) Der Käufer ist verpflichtet, dem Verkäufer den vereinbarten Kaufpreis zu zahlen und die gekaufte Sache abzunehmen.

§ 434
Sachmangel

(1) Die Sache ist frei von Sachmängeln, wenn sie bei Gefahrübergang die vereinbarte Beschaffenheit hat. Soweit die Beschaffenheit nicht vereinbart ist, ist die Sache frei von Sachmängeln,

1. wenn sie sich für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung eignet, sonst

2. wenn sie sich für die gewöhnliche Verwendung eignet und eine Beschaffenheit aufweist, die bei Sachen der gleichen Art üblich ist und die der Käufer nach der Art der Sache erwarten kann.

Zu der Beschaffenheit nach Satz 2 Nr. 2 gehören auch Eigenschaften, die der Käufer nach den öffentlichen Äußerungen des Verkäufers, des Herstellers (§ 4 Abs. 1 und 2 des Produkthaftungsgesetzes) oder seines Gehilfen insbesondere in der Werbung oder bei der Kennzeichnung über bestimmte Eigenschaften der Sache erwarten kann, es sei denn, dass der Verkäufer die Äußerung nicht kannte oder kennen musste oder dass sie die Kaufentscheidung nicht beeinflussen konnte.

(2) Ein Sachmangel ist auch dann gegeben, wenn die vereinbarte Montage durch den Verkäufer oder dessen Erfüllungsgehilfen unsachgemäß durchgeführt worden ist. Ein Sachmangel liegt bei einer zur Montage bestimmten Sache ferner vor, wenn die Montageanleitung mangelhaft ist, es sei denn, die Sache ist durch den Käufer fehlerfrei montiert worden.

(3) Einem Sachmangel steht es gleich, wenn der Verkäufer eine andere Sache oder eine zu geringe Menge liefert.

§ 435
Rechtsmangel

Die Sache ist frei von Rechtsmängeln, wenn Dritte in Bezug auf die Sache keine oder nur die im Kaufvertrag übernommenen Rechte gegen den Käufer geltend machen können. Einem Rechtsmangel steht es gleich, wenn im Grundbuch ein Recht eingetragen ist, das nicht besteht.

§ 436
Öffentliche Lasten von Grundstücken

(1) Soweit nicht anders vereinbart, ist der Verkäufer eines Grundstücks verpflichtet, Erschließungsbeiträge und sonstige Anliegerbeiträge für die Maßnahmen zu tragen, die bis zum Tage des Vertragsschlusses bautechnisch begonnen sind, unabhängig vom Zeitpunkt des Entstehens der Beitragsschuld.

(2) Der Verkäufer eines Grundstücks haftet nicht für die Freiheit des Grundstücks von anderen öffentlichen Abgaben und von anderen öffentlichen Lasten, die zur Eintragung in das Grundbuch nicht geeignet sind.

§ 437

Ansprüche und Rechte des Käufers bei Mängeln

Ist die Sache mangelhaft, kann der Käufer, soweit im Folgenden nichts anderes bestimmt ist, unter den Voraussetzungen

1. des § 439 Nacherfüllung verlangen,

2. der §§ 440, 323, 326 Abs. 1 Satz 3 von dem Vertrag zurücktreten oder des § 441 den Kaufpreis mindern und

3. der §§ 440, 280, 281, 283, 311a Schadensersatz oder des § 284 Ersatz vergeblicher Aufwendungen verlangen.

§ 438

Verjährung der Mängelansprüche

(1) Die in § 437 bezeichneten Ansprüche verjähren

1. in 30 Jahren, wenn der Mangel in einem dinglichen Recht eines Dritten besteht, auf Grund dessen Herausgabe der Kaufsache verlangt werden kann,

2. in fünf Jahren, wenn die Sache entsprechend ihrer üblichen Verwendungsweise für ein Bauwerk verwendet worden ist und dessen Mangelhaftigkeit verursacht hat,

3. im Übrigen in zwei Jahren.

(2) Die Verjährung beginnt bei Grundstücken mit der Übergabe, im Übrigen mit der Ablieferung der Sache.

(3) Abweichend von Absatz 1 Nr. 2 und 3 verjähren die Ansprüche in der regelmäßigen Verjährungsfrist, wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen hat.

(4) Der Käufer kann trotz einer Unwirksamkeit des Rücktritts nach § 218 Abs. 1 die Zahlung des Kaufpreises insoweit verweigern, als er auf Grund des Rücktritts dazu berechtigt sein würde.

§ 439
Nacherfüllung

(1) Der Käufer kann als Nacherfüllung nach seiner Wahl die Beseitigung des Mangels oder die Lieferung einer mangelfreien Sache verlangen.

(2) Der Verkäufer hat die zum Zweck der Nacherfüllung erforderlichen Aufwendungen, insbesondere Transport-, Wege-, Arbeits- und Materialkosten zu tragen.

(3) Der Verkäufer kann die vom Käufer gewählte Art der Nacherfüllung auch verweigern, wenn sie nur mit unverhältnismäßigen Kosten möglich ist. Dabei sind insbesondere der Wert der Sache in mangelfreiem Zustand, die Bedeutung des Mangels und die Frage zu berücksichtigen, ob auf die andere Art der Nacherfüllung ohne erhebliche Nachteile für den Käufer zurückgegriffen werden könnte. Der Anspruch des Käufers beschränkt sich in diesem Fall auf die andere Art der Nacherfüllung; das Recht des Verkäufers, auch diese unter den Voraussetzungen des Satzes 1 zu verweigern, bleibt unberührt.

(4) Liefert der Verkäufer zum Zweck der Nacherfüllung eine mangelfreie Sache, so kann er vom Käufer Rückgewähr der mangelhaften Sache nach Maßgabe der §§ 346 bis 348 verlangen.

§ 440
Besondere Bestimmungen für
Rücktritt und Schadensersatz

Außer in den Fällen des § 281 Abs. 2 und des § 323 Abs. 2 bedarf es der Fristsetzung auch dann nicht, wenn der Verkäufer beide Arten der Nacherfüllung gemäß § 439 Abs. 3 verweigert oder wenn die dem Käufer zustehende Art der Nacherfüllung fehlgeschlagen oder ihm unzumutbar ist. Eine Nachbesserung gilt nach dem erfolglosen zweiten Versuch als fehlgeschlagen, wenn sich nicht insbesondere aus der Art der Sache oder des Mangels oder dem Verhalten des Verkäufers etwas anderes ergibt.

§ 441
Minderung

(1) Statt zurückzutreten, kann der Käufer den Kaufpreis durch Erklärung gegenüber dem Verkäufer mindern. Der Ausschlussgrund des § 323 Abs. 4 Satz 2 findet keine Anwendung.

(2) Sind auf der Seite des Käufers oder auf der Seite des Verkäufers mehrere beteiligt, so kann die Minderung nur von allen oder gegen alle erklärt werden.

(3) Durch die Minderung wird der Kaufpreis um den Betrag herabgesetzt, um den der Mangel den Wert der Sache, gemessen am Kaufpreis, mindert. Maßgebend ist der Wert im Zeitpunkt des Vertragsschlusses. Der Betrag ist, soweit erforderlich, durch Schätzung zu ermitteln.

(4) Hat der Käufer mehr als den geminderten Kaufpreis gezahlt, so ist der Mehrbetrag vom Verkäufer zu erstatten. § 346 Abs. 1 und § 347 Abs. 1 finden entsprechende Anwendung.

(5) Die §§ 218 und 438 Abs. 4 finden entsprechende Anwendung.

§ 442
Kenntnis des Käufers

(1) Die Rechte des Käufers wegen eines Mangels sind ausgeschlossen, wenn er bei Vertragsschluss den Mangel kennt. Ist dem Käufer ein Mangel infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben, kann der Käufer Rechte wegen dieses Mangels nur geltend machen, wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen oder eine Garantie für das Vorhandensein einer Eigenschaft übernommen hat.

(2) Ein im Grundbuch eingetragenes Recht hat der Verkäufer zu beseitigen, auch wenn es der Käufer kennt.

§ 443
Garantie

(1) Übernimmt der Verkäufer oder ein Dritter für die Beschaffenheit der Sache eine Garantie, so stehen dem Käufer im Garantiefall unbeschadet der gesetzlichen Ansprüche die Rechte aus der Garantie zu den in der Garantieerklärung und der einschlägigen Werbung angegebenen Bedingungen gegenüber demjenigen zu, der die Garantie eingeräumt hat.

(2) Soweit eine Garantie übernommen worden ist, wird vermutet, dass ein während ihrer Geltungsdauer auftretender Sachmangel die Rechte aus der Garantie zur Folge hat.

§ 444
Haftungsausschluss

Auf eine Vereinbarung, durch welche die Rechte des Käufers wegen eines Mangels ausgeschlossen oder beschränkt werden, kann sich der Verkäufer nicht berufen, wenn er den Mangel arglistig verschwiegen oder eine Garantie für das Vorhandensein einer Eigenschaft übernommen hat.

§ 445
Gefahr- und Lastenübergang

Mit der Übergabe der verkauften Sache geht die Gefahr des zufälligen Untergangs und der zufälligen Verschlechterung auf den Käufer über. Von der Übergabe an gebühren dem Käufer die Nutzungen und trägt er die Lasten der Sache. Der Übergabe steht es gleich, wenn der Käufer im Verzug der Annahme ist.

§ 446
Gefahrübergang beim Versendungskauf

(1) Versendet der Verkäufer auf Verlangen des Käufers die verkaufte Sache nach einem anderen Ort als dem Erfüllungsort, so geht die Gefahr auf den Käufer über, sobald der Verkäufer die Sache dem Spediteur, dem Frachtführer oder der sonst zur Ausführung der Versendung bestimmten Person oder Anstalt ausgeliefert hat.

(2) Hat der Käufer eine besondere Anweisung über die Art der Versendung erteilt und weicht der Verkäufer ohne dringenden Grund von der Anweisung ab, so ist der Verkäufer dem Käufer für den daraus entstehenden Schaden verantwortlich.

§ 447
Kosten der Übergabe und vergleichbare Kosten

(1) Der Verkäufer trägt die Kosten der Übergabe der Sache, der Käufer die Kosten der Abnahme und der Versendung der Sache nach einem anderen Ort als dem Erfüllungsort.

(2) Der Käufer eines Grundstücks trägt die Kosten der Beurkundung des Kaufvertrags und der Auflassung, der Eintragung ins Grundbuch und der zu der Eintragung erforderlichen Erklärungen.

§ 448
Eigentumsvorbehalt

(1) Hat sich der Verkäufer einer beweglichen Sache das Eigentum bis zur Zahlung des Kaufpreises vorbehalten, so ist im Zweifel anzunehmen, dass das Eigentum unter der aufschiebenden Bedingung vollständiger Zahlung des Kaufpreises übertragen wird (Eigentumsvorbehalt).

(2) Auf Grund des Eigentumsvorbehalts kann der Verkäufer die Sache nur herausverlangen, wenn er vom Vertrag zurückgetreten ist.

(3) Die Vereinbarung eines Eigentumsvorbehalts ist nichtig, soweit der Eigentumsübergang davon abhängig gemacht wird, dass der Käufer Forderungen eines Dritten, insbesondere eines mit dem Verkäufer verbundenen Unternehmens, erfüllt.

§ 449
Ausgeschlossene Käufer bei Zwangsvollstreckung

Bei einem Verkauf im Wege der Zwangsvollstreckung dürfen der mit der Vornahme oder Leitung des Verkaufs Beauftragte und die von ihm zugezogenen Gehilfen einschließlich des Protokollführers den zu verkaufenden Gegenstand weder für sich persönlich oder durch einen anderen noch als Vertreter eines anderen kaufen.

§ 450
Ausgeschlossene Käufer bei Verkauf außerhalb der Zwangsvollstreckung

Die Vorschrift des § 449 gilt auch bei einem Verkauf außerhalb der Zwangsvollstreckung, wenn der Auftrag zu dem Verkauf auf Grund einer gesetzlichen Vorschrift erteilt worden ist, die den Auftraggeber ermächtigt, den Gegenstand für Rechnung eines anderen verkaufen zu lassen, insbesondere in den Fällen des Pfandverkaufs und des in den §§ 383, 385 zugelassenen Verkaufs, sowie bei einem Verkauf aus einer Insolvenzmasse.

§ 451
Kauf durch ausgeschlossenen Käufer

(1) Die Wirksamkeit eines den Vorschriften der §§ 449, 450 zuwider erfolgten Kaufs und der Übertragung des gekauften Gegenstandes hängt von der Zustimmung der bei dem Verkauf als Schuldner, Eigentümer oder Gläubiger Beteiligten ab. Fordert der Käufer einen Beteiligten zur Erklärung über die Genehmigung auf, so findet § 177 Abs. 2 entsprechende Anwendung.

(2) Wird infolge der Verweigerung der Genehmigung ein neuer Verkauf vorgenommen, so hat der frühere Käufer für die Kosten des neuen Verkaufs sowie für einen Mindererlös aufzukommen.

§ 452
Schiffskauf

Die Vorschriften über den Kauf von Grundstücken finden auf den Kauf von eingetragenen Schiffen und Schiffsbauwerken entsprechende Anwendung.

§ 453
Rechtskauf

(1) Die Vorschriften über den Kauf von Sachen finden auf den Kauf von Rechten und sonstigen Gegenständen entsprechende Anwendung.

(2) Der Verkäufer trägt die Kosten der Begründung und Übertragung des Rechts.

(3) Ist ein Recht verkauft, das zum Besitz einer Sache berechtigt, so ist der Verkäufer verpflichtet, dem Käufer die Sache frei von Sach- und Rechtsmängeln zu übergeben.

Untertitel 2
Besondere Arten des Kaufs

Kapitel 1
Kauf auf Probe

§ 454
Zustandekommen des Kaufvertrags

(1) Bei einem Kauf auf Probe oder auf Besichtigung steht die Billigung des gekauften Gegenstandes im Belieben des Käufers. Der Kauf ist im Zweifel unter der aufschiebenden Bedingung der Billigung geschlossen.

(2) Der Verkäufer ist verpflichtet, dem Käufer die Untersuchung des Gegenstandes zu gestatten.

§ 455
Billigungsfrist

Die Billigung eines auf Probe oder auf Besichtigung gekauften Gegenstandes kann nur innerhalb der vereinbarten Frist und in Ermangelung einer solchen nur bis zum Ablauf einer dem Käufer von dem Verkäufer bestimmten angemessenen Frist erklärt werden. War die Sache dem Käufer zum Zwecke der Probe oder der Besichtigung übergeben, so gilt sein Schweigen als Billigung.

Kapitel 2
Wiederkauf

§ 456
Zustandekommen des Wiederkaufs

(1) Hat sich der Verkäufer in dem Kaufvertrag das Recht des Wiederkaufs vorbehalten, so kommt der Wiederkauf mit der Erklärung des Verkäufers gegenüber dem Käufer, dass er das Wiederkaufsrecht ausübe, zustande. Die Erklärung bedarf nicht der für den Kaufvertrag bestimmten Form.

(2) Der Preis, zu welchem verkauft worden ist, gilt im Zweifel auch für den Wiederkauf.

§ 457
Haftung des Wiederverkäufers

(1) Der Wiederverkäufer ist verpflichtet, dem Wiederkäufer den gekauften Gegenstand nebst Zubehör herauszugeben.

(2) Hat der Wiederverkäufer vor der Ausübung des Wiederkaufsrechts eine Verschlechterung, den Untergang oder eine aus einem anderen Grund eingetretene Unmöglichkeit der Herausgabe des gekauften Gegenstandes verschuldet oder den Gegenstand wesentlich verändert, so ist er für den daraus entstehenden Schaden verantwortlich. Ist der Gegenstand ohne Verschulden des Wiederverkäufers verschlechtert oder ist er nur unwesentlich verändert, so kann der Wiederkäufer Minderung des Kaufpreises nicht verlangen.

§ 458
Beseitigung von Rechten Dritter

Hat der Wiederverkäufer vor der Ausübung des Wiederkaufsrechts über den gekauften Gegenstand verfügt, so ist er verpflichtet, die dadurch begründeten Rechte Dritter zu beseitigen. Einer Verfügung des Wiederverkäufers steht eine Verfügung gleich, die im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung oder durch den Insolvenzverwalter erfolgt.

§ 459

Ersatz von Verwendungen

Der Wiederverkäufer kann für Verwendungen, die er auf den gekauften Gegenstand vor dem Wiederkauf gemacht hat, insoweit Ersatz verlangen, als der Wert des Gegenstandes durch die Verwendungen erhöht ist. Eine Einrichtung, mit der er die herauszugebende Sache versehen hat, kann er wegnehmen.

§ 460

Wiederkauf zum Schätzungswert

Ist als Wiederkaufpreis der Schätzungswert vereinbart, den der gekaufte Gegenstand zur Zeit des Wiederkaufs hat, so ist der Wiederverkäufer für eine Verschlechterung, den Untergang oder die aus einem anderen Grund eingetretene Unmöglichkeit der Herausgabe des Gegenstandes nicht verantwortlich, der Wiederkäufer zum Ersatz von Verwendungen nicht verpflichtet.

§ 461

Mehrere Wiederkaufsberechtigte

Steht das Wiederkaufsrecht mehreren gemeinschaftlich zu, so kann es nur im Ganzen ausgeübt werden. Ist es für einen der Berechtigten erloschen oder übt einer von ihnen sein Recht nicht aus, so sind die übrigen berechtigt, das Wiederkaufsrecht im Ganzen auszuüben.

§ 462

Ausschlussfrist

Das Wiederkaufsrecht kann bei Grundstücken nur bis zum Ablauf von 30, bei anderen Gegenständen nur bis zum Ablauf von drei Jahren nach der Vereinbarung des Vorbehalts ausgeübt werden. Ist für die Ausübung eine Frist bestimmt, so tritt diese an die Stelle der gesetzlichen Frist.

Kapitel 3
Vorkauf

§ 463
Voraussetzungen der Ausübung

Wer in Ansehung eines Gegenstandes zum Vorkauf berechtigt ist, kann das Vorkaufsrecht ausüben, sobald der Verpflichtete mit einem Dritten einen Kaufvertrag über den Gegenstand geschlossen hat.

§ 464
Ausübung des Vorkaufrechts

(1) Die Ausübung des Vorkaufsrechts erfolgt durch Erklärung gegenüber dem Verpflichteten. Die Erklärung bedarf nicht der für den Kaufvertrag bestimmten Form.

(2) Mit der Ausübung des Vorkaufsrechts kommt der Kauf zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten unter den Bestimmungen zustande, welche der Verpflichtete mit dem Dritten vereinbart hat.

§ 465
Unwirksame Vereinbarungen

Eine Vereinbarung des Verpflichteten mit dem Dritten, durch welche der Kauf von der Nichtausübung des Vorkaufsrechts abhängig gemacht oder dem Verpflichteten für den Fall der Ausübung des Vorkaufsrechts der Rücktritt vorbehalten wird, ist dem Vorkaufsberechtigten gegenüber unwirksam.

§ 466
Nebenleistungen

Hat sich der Dritte in dem Vertrag zu einer Nebenleistung verpflichtet, die der Vorkaufsberechtigte zu bewirken außerstande ist, so hat der Vorkaufsberechtigte statt der Nebenleistung ihren Wert zu entrichten. Lässt sich die Nebenleistung nicht in Geld schätzen, so ist die Ausübung des Vorkaufsrechts ausgeschlossen; die Verein-

barung der Nebenleistung kommt jedoch nicht in Betracht, wenn der Vertrag mit dem Dritten auch ohne sie geschlossen sein würde.

§ 467
Gesamtpreis

Hat der Dritte den Gegenstand, auf den sich das Vorkaufsrecht bezieht, mit anderen Gegenständen zu einem Gesamtpreis gekauft, so hat der Vorkaufsberechtigte einen verhältnismäßigen Teil des Gesamtpreises zu entrichten. Der Verpflichtete kann verlangen, dass der Vorkauf auf alle Sachen erstreckt wird, die nicht ohne Nachteil für ihn getrennt werden können.

§ 468
Stundung des Kaufpreises

(1) Ist dem Dritten in dem Vertrag der Kaufpreis gestundet worden, so kann der Vorkaufsberechtigte die Stundung nur in Anspruch nehmen, wenn er für den gestundeten Betrag Sicherheit leistet.

(2) Ist ein Grundstück Gegenstand des Vorkaufs, so bedarf es der Sicherheitsleistung insoweit nicht, als für den gestundeten Kaufpreis die Bestellung einer Hypothek an dem Grundstück vereinbart oder in Anrechnung auf den Kaufpreis eine Schuld, für die eine Hypothek an dem Grundstück besteht, übernommen worden ist. Entsprechendes gilt, wenn ein eingetragenes Schiff oder Schiffsbauwerk Gegenstand des Vorkaufs ist.

§ 469
Mitteilungspflicht,
Ausübungsfrist

(1) Der Verpflichtete hat dem Vorkaufsberechtigten den Inhalt des mit dem Dritten geschlossenen Vertrags unverzüglich mitzuteilen. Die Mitteilung des Verpflichteten wird durch die Mitteilung des Dritten ersetzt.

(2) Das Vorkaufsrecht kann bei Grundstücken nur bis zum Ablauf von zwei Monaten, bei anderen Gegenständen nur bis zum Ablauf einer Woche nach dem Empfang der

Mitteilung ausgeübt werden. Ist für die Ausübung eine Frist bestimmt, so tritt diese an die Stelle der gesetzlichen Frist.

§ 470
Verkauf an gesetzlichen Erben

Das Vorkaufsrecht erstreckt sich im Zweifel nicht auf einen Verkauf, der mit Rücksicht auf ein künftiges Erbrecht an einen gesetzlichen Erben erfolgt.

§ 471
Verkauf bei Zwangsvollstreckung oder Insolvenz

Das Vorkaufsrecht ist ausgeschlossen, wenn der Verkauf im Wege der Zwangsvollstreckung oder aus einer Insolvenzmasse erfolgt.

§ 472
Mehrere Vorkaufsberechtigte

Steht das Vorkaufsrecht mehreren gemeinschaftlich zu, so kann es nur im Ganzen ausgeübt werden. Ist es für einen der Berechtigten erloschen oder übt einer von ihnen sein Recht nicht aus, so sind die übrigen berechtigt, das Vorkaufsrecht im Ganzen auszuüben.

§ 473
Unübertragbarkeit

Das Vorkaufsrecht ist nicht übertragbar und geht nicht auf die Erben des Berechtigten über, sofern nicht ein anderes bestimmt ist. Ist das Recht auf eine bestimmte Zeit beschränkt, so ist es im Zweifel vererblich.

Untertitel 3
Verbrauchsgüterkauf

§ 474
Begriff des Verbrauchsgüterkaufs

(1) Kauft ein Verbraucher von einem Unternehmer eine bewegliche Sache (Verbrauchsgüterkauf), gelten ergänzend die folgenden Vorschriften.

(2) § 446 findet keine Anwendung.

§ 475
Abweichende Vereinbarungen

(1) Eine vor Mitteilung eines Mangels an den Verkäufer getroffene Vereinbarung, die zum Nachteil des Verbrauchers von den §§ 433 bis 435, 437, 439 bis 444, sowie von den Vorschriften dieses Untertitels abweicht, ist unwirksam. Satz 1 gilt unbeschadet der §§ 307 bis 309 nicht für den Ausschluss oder die Beschränkung des Anspruchs auf Schadensersatz. Die in Satz 1 bezeichneten Vorschriften finden auch Anwendung, wenn sie durch anderweitige Gestaltungen umgangen werden.

(2) Die Verjährung der in § 437 bezeichneten Ansprüche kann vor Mitteilung eines Mangels an den Verkäufer nicht durch Rechtsgeschäft erleichtert werden, wenn die Vereinbarung zu einer Verjährungsfrist ab dem gesetzlichen Verjährungsbeginn von weniger als zwei Jahren, bei gebrauchten Sachen von weniger als einem Jahr führt.

§ 476
Beweislastumkehr

Zeigt sich innerhalb von sechs Monaten seit Gefahrübergang ein Sachmangel, so wird vermutet, dass die Sache bereits bei Gefahrübergang mangelhaft war, es sei denn, diese Vermutung ist mit der Art der Sache oder des Mangels unvereinbar.

§ 477
Sonderbestimmungen für Garantien

(1) Eine Garantieerklärung (§ 443) muss einfach und verständlich abgefasst sein. Sie muss enthalten

1. den Hinweis auf die gesetzlichen Rechte des Verbrauchers sowie darauf, dass sie durch die Garantie nicht eingeschränkt werden und

2. den Inhalt der Garantie und alle wesentlichen Angaben, die für die Geltendmachung der Garantie erforderlich sind, insbesondere die Dauer und den räumlichen Geltungsbereich des Garantieschutzes sowie Namen und Anschrift des Garantiegebers.

(2) Der Verbraucher kann verlangen, dass ihm die Garantieerklärung schriftlich oder auf einem anderen dauerhaften Datenträger zur Verfügung gestellt wird.

(3) Die Wirksamkeit der Garantieverpflichtung wird nicht dadurch berührt, dass eine der vorstehenden Anforderungen nicht erfüllt wird.

§ 478
Rückgriff des Unternehmers

(1) Wenn der Unternehmer die verkaufte neu hergestellte Sache als Folge ihrer Mangelhaftigkeit zurücknehmen musste oder der Verbraucher den Kaufpreis gemindert hat, bedarf es für die in § 437 bezeichneten Ansprüche und Rechte des Unternehmers gegen den Unternehmer, der ihm die Sache verkauft hatte (Lieferant), wegen des vom Verbraucher geltend gemachten Mangels einer sonst erforderlichen Fristsetzung nicht. § 476 findet mit der Maßgabe Anwendung, dass die Frist mit dem Übergang der Gefahr auf den Verbraucher beginnt.

(2) Der Unternehmer kann beim Verkauf einer neu hergestellten Sache von seinem Lieferanten Ersatz der Aufwendungen verlangen, die der Unternehmer im Verhältnis zum Verbraucher nach § 439 Abs. 2 zu tragen hatte, wenn der vom Verbraucher geltend gemachte Mangel bereits beim Übergang der Gefahr auf den Unternehmer vorhanden war. § 476 findet mit der Maßgabe Anwendung, dass die Frist mit dem Übergang der Gefahr auf den Verbraucher beginnt.

(3) Die Absätze 1 und 2 finden auf die Ansprüche des Lieferanten und der übrigen Käufer in der Lieferkette gegen die jeweiligen Verkäufer entsprechende Anwendung, wenn die Schuldner Unternehmer sind.

(4) §§ 377 und 378 des Handelsgesetzbuchs bleiben berührt.

(5) Eine Vereinbarung, durch die von den Absätzen 1 bis 3 oder von § 479 zum Nachteil des Rückgriffsgläubigers abgewichen wird, ist unwirksam, wenn dem Rückgriffsgläubiger kein gleichwertiger Ausgleich eingeräumt wird.

§ 479
Verjährung von Rückgriffsansprüchen

(1) Die in § 478 Abs. 2 und 3 bestimmten Aufwendungsersatzansprüche verjähren in zwei Jahren ab Ablieferung der Sache.

(2) Die Verjährung der in den §§ 437 und 478 Abs. 2 bestimmten Ansprüche des Unternehmers gegen seinen Lieferanten wegen des Mangels einer an einen Verbraucher verkauften neu hergestellten Sache tritt frühestens zwei Monate nach dem Zeitpunkt ein, in dem der Unternehmer die Ansprüche des Verbrauchers erfüllt hat. Diese Ablaufhemmung endet spätestens fünf Jahre nach dem Zeitpunkt, in dem der Lieferant die Sache dem Unternehmer abgeliefert hat. Die vorstehenden Sätze finden auf die Ansprüche des Lieferanten und der übrigen Käufer in der Lieferkette gegen die jeweiligen Verkäufer entsprechende Anwendung, wenn die Schuldner Unternehmer sind.

Untertitel 4
Tausch

§ 480
Tausch

Auf den Tausch finden die Vorschriften über den Kauf entsprechende Anwendung.

Titel 2
Teilzeit-Wohnrechteverträge

§ 481
Begriff des Teilzeit-Wohnrechtevertrags

(1) Vertrag über die Teilzeitnutzung von Wohngebäuden (Teilzeit-Wohnrechtevertrag) ist jeder Vertrag, durch den ein Unternehmer einem Verbraucher gegen Zahlung ei-

nes Gesamtpreises das Recht verschafft oder zu verschaffen verspricht, für die Dauer von mindestens drei Jahren ein Wohngebäude jeweils für einen bestimmten oder zu bestimmenden Zeitraum des Jahres zu Erholungs- oder Wohnzwecken zu nutzen. Das Recht kann ein dingliches oder anderes Recht sein und insbesondere auch durch eine Mitgliedschaft in einem Verein oder einen Anteil an einer Gesellschaft eingeräumt werden.

(2) Das Recht kann auch darin bestehen, die Nutzung eines Wohngebäudes jeweils aus einem Bestand von Wohngebäuden zu wählen.

(3) Einem Wohngebäude steht ein Teil eines Wohngebäudes gleich.

§ 482
Prospektpflicht bei Teilzeit-Wohnrechteverträgen

(1) Jeder Unternehmer, der den Abschluss von Teilzeit-Wohnrechteverträgen anbietet, hat jedem Verbraucher, der Interesse bekundet, einen Prospekt auszuhändigen.

(2) Der in Absatz 1 bezeichnete Prospekt muss eine allgemeine Beschreibung des Wohngebäudes oder des Bestandes von Wohngebäuden sowie die in der Rechtsverordnung nach Artikel 242 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche bestimmten Angaben enthalten.

(3) Der Unternehmer kann vor Vertragsschluss eine Änderung gegenüber den im Prospekt enthaltenen Angaben vornehmen, soweit dies auf Grund von Umständen erforderlich wird, auf die er keinen Einfluss nehmen konnte.

(4) In jeder Werbung für den Abschluss von Verträgen über die Teilzeitnutzung von Wohngebäuden ist anzugeben, dass der Prospekt erhältlich ist und wo er angefordert werden kann.

§ 483
Vertrags- und Prospektsprache bei Teilzeit-Wohnrechteverträgen

(1) Der Vertrag ist in der Amtssprache oder, wenn es dort mehrere Amtssprachen gibt, in der vom Verbraucher gewählten Amtssprache des Mitgliedstaats der Europäi-

schen Union oder des Vertragsstaats des Übereinkommens über den Europäischen Wirtschaftsraums abzufassen, in dem der Verbraucher seinen Wohnsitz hat. Ist der Verbraucher Angehöriger eines anderen Mitgliedstaats, so kann er statt der Sprache seines Wohnsitzstaats auch die oder eine der Amtssprachen des Staats, dem er angehört, wählen. Die Sätze 1 und 2 gelten auch für den Prospekt.

(2) Ist der Vertrag vor einem deutschen Notar zu beurkunden, so gelten die §§ 5 und 16 des Beurkundungsgesetzes mit der Maßgabe, dass dem Verbraucher eine beglaubigte Übersetzung des Vertrags in der von ihm nach Absatz 1 gewählten Sprache auszuhändigen ist.

(3) Teilzeit-Wohnrechteverträge, die Absatz 1 Satz 1 und 2 oder Absatz 2 nicht entsprechen, sind nichtig.

§ 484

Schriftform bei Teilzeit-Wohnrechteverträgen

(1) Der Teilzeit-Wohnrechtevertrag bedarf der schriftlichen Form, soweit nicht in anderen Vorschriften eine strengere Form vorgeschrieben ist. Der Abschluss des Vertrags in elektronischer Form ist ausgeschlossen. Die in dem in § 482 bezeichneten, dem Verbraucher ausgehändigten Prospekt enthaltenen Angaben werden Inhalt des Vertrags, soweit die Parteien nicht ausdrücklich und unter Hinweis auf die Abweichung vom Prospekt eine abweichende Vereinbarung treffen. Solche Änderungen müssen dem Verbraucher vor Abschluss des Vertrags mitgeteilt werden. Unbeschadet der Geltung der Prospektangaben gemäß Satz 2 muss die Vertragsurkunde die in der in § 482 Abs. 2 bezeichneten Rechtsverordnung bestimmten Angaben enthalten.

(2) Der Unternehmer hat dem Verbraucher eine Vertragsurkunde oder Abschrift der Vertragsurkunde auszuhändigen. Er hat ihm ferner, wenn die Vertragssprache und die Sprache des Staates, in dem das Wohngebäude belegen ist, verschieden sind, eine beglaubigte Übersetzung des Vertrags in der oder einer zu den Amtssprachen der Europäischen Union oder des Übereinkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum zählenden Sprache des Staates auszuhändigen, in dem das Wohngebäude belegen ist. Die Pflicht zur Aushändigung einer beglaubigten Übersetzung entfällt, wenn sich das Nutzungsrecht auf einen Bestand von Wohngebäuden bezieht, die in verschiedenen Staaten belegen sind.

§ 485
Widerrufsrecht bei
Teilzeit-Wohnrechteverträgen

(1) Dem Verbraucher steht bei einem Teilzeit-Wohnrechtevertrag ein Widerrufsrecht nach § 355 zu.

(2) Die Belehrung nach § 355 Abs. 2 Satz 1 und 2 muss auch die Kosten angeben, die der Verbraucher im Falle des Widerrufs gemäß Absatz 5 Satz 2 zu erstatten hat.

(3) Ist dem Verbraucher der in § 482 bezeichnete Prospekt vor Vertragsschluss nicht oder nicht in der dort vorgeschriebenen Sprache ausgehändigt worden, so beträgt die Frist zur Ausübung des Widerrufsrechts abweichend von § 355 Abs. 1 Satz 2 einen Monat.

(4) Fehlt im Vertrag eine der Angaben, die in der in § 482 Abs. 2 bezeichneten Rechtsverordnung bestimmt werden, so beginnt die Frist zur Ausübung des Widerrufsrechts erst, wenn dem Verbraucher diese Angabe schriftlich mitgeteilt wird.

(5) Eine Vergütung für geleistete Dienste sowie für die Überlassung der Nutzung von Wohngebäuden ist abweichend von § 357 Abs. 1 und 3 ausgeschlossen. Bedurfte der Vertrag der notariellen Beurkundung, so hat der Verbraucher dem Unternehmer die Kosten der Beurkundung zu erstatten, wenn dies im Vertrag ausdrücklich bestimmt ist. In den Fällen der Absätze 3 und 4 entfällt die Verpflichtung zur Erstattung von Kosten; der Verbraucher kann vom Unternehmer Ersatz der Kosten des Vertrags verlangen.

§ 486
Anzahlungsverbot
bei Teilzeit-Wohnrechteverträgen

Der Unternehmer darf Zahlungen des Verbrauchers vor Ablauf der Widerrufsfrist nicht fordern oder annehmen. Für den Verbraucher günstigere Vorschriften bleiben unberührt.

§ 487
Abweichende Vereinbarungen

Von den Vorschriften dieses Untertitels darf nicht zum Nachteil des Verbrauchers abgewichen werden. Die Vorschriften dieses Untertitels finden, soweit nicht ein anderes bestimmt ist, auch Anwendung, wenn sie durch anderweitige Gestaltungen umgangen werden.

Titel 3
Darlehensvertrag,
Finanzierungshilfen und Ratenlieferungsverträge

Untertitel 1
Darlehensvertrag

§ 488
Vertragstypische Pflichten beim Darlehensvertrag

(1) Durch den Darlehensvertrag wird der Darlehensgeber verpflichtet, dem Darlehensnehmer einen Geldbetrag in der vereinbarten Höhe zur Verfügung zu stellen. Der Darlehensnehmer ist verpflichtet, einen vereinbarten Zins zu zahlen und bei Fälligkeit das zur Verfügung gestellte Darlehen zurückzuerstatten.

(2) Die vereinbarten Zinsen sind, soweit nicht ein anderes bestimmt ist, nach dem Ablauf je eines Jahres und, wenn das Darlehen vor dem Ablauf eines Jahres zurückzuerstatten ist, bei der Rückerstattung zu entrichten.

(3) Ist für die Rückerstattung des Darlehens eine Zeit nicht bestimmt, so hängt die Fälligkeit davon ab, dass der Gläubiger oder der Schuldner kündigt. Die Kündigungsfrist beträgt drei Monate. Sind Zinsen nicht vereinbart, so ist der Schuldner auch ohne Kündigung zur Rückerstattung berechtigt.

§ 489
Ordentliches Kündigungsrecht des Darlehensnehmers

(1) Der Darlehensnehmer kann einen Darlehensvertrag, bei dem für einen bestimmten Zeitraum ein fester Zinssatz vereinbart ist, ganz oder teilweise kündigen,

1. wenn die Zinsbindung vor der für die Rückzahlung bestimmten Zeit endet und keine neue Vereinbarung über den Zinssatz getroffen ist, unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von einem Monat frühestens für den Ablauf des Tages, an dem die Zinsbindung endet; ist eine Anpassung des Zinssatzes in bestimmten Zeiträumen bis zu einem Jahr vereinbart, so kann der Schuldner jeweils nur für den Ablauf des Tages, an dem die Zinsbindung endet, kündigen;

2. wenn das Darlehen einem Verbraucher gewährt und nicht durch ein Grund- oder Schiffspfandrecht gesichert ist, nach Ablauf von sechs Monaten nach dem vollständigen Empfang unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von drei Monaten;

3. in jedem Falle nach Ablauf von zehn Jahren nach dem vollständigen Empfang unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von sechs Monaten; wird nach dem Empfang des Darlehens eine neue Vereinbarung über die Zeit der Rückzahlung oder den Zinssatz getroffen, so tritt der Zeitpunkt dieser Vereinbarung an die Stelle des Zeitpunkts der Auszahlung.

(2) Der Darlehensnehmer kann einen Darlehensvertrag mit veränderlichem Zinssatz jederzeit unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von drei Monaten kündigen.

(3) Eine Kündigung des Darlehensnehmers nach den Absätzen 1 oder 2 gilt als nicht erfolgt, wenn er den geschuldeten Betrag nicht binnen zwei Wochen nach Wirksamwerden der Kündigung zurückzahlt.

(4) Das Kündigungsrecht des Darlehensnehmers nach den Absätzen 1 und 2 kann nicht durch Vertrag ausgeschlossen oder erschwert werden. Dies gilt nicht bei Darlehen an den Bund, ein Sondervermögen des Bundes, ein Land, eine Gemeinde, einen Gemeindeverband, die Europäischen Gemeinschaften oder ausländische Gebietskörperschaften.

§ 490

Außerordentliches Kündigungsrecht

(1) Wenn in den Vermögensverhältnissen des Darlehensnehmers oder eines Dritten, der für das Darlehen eine Sicherheit gestellt hat, eine wesentliche Verschlechterung

eintritt oder einzutreten droht, durch die der Anspruch auf die Rückerstattung des Darlehens gefährdet wird, kann der Darlehensgeber den Darlehensvertrag vor Auszahlung des Darlehens an den Darlehensnehmer im Zweifel jederzeit, danach in der Regel fristlos kündigen.

(2) Der Darlehensnehmer kann einen Darlehensvertrag, bei dem für einen bestimmten Zeitraum ein fester Zinssatz vereinbart und das Darlehen durch ein Grund- oder Schiffspfandrecht gesichert ist, unter Einhaltung der Fristen des § 489 Abs. 1 Nr. 2 vorzeitig kündigen, wenn er ein Bedürfnis nach einer anderweitigen Verwertung des zur Sicherung des Darlehens beliehenen Objekts hat und er dem Darlehensgeber denjenigen Schaden ersetzt, der diesem aus der vorzeitigen Kündigung entsteht (Vorfälligkeitsentschädigung).

(3) Die Vorschriften der §§ 313 und 314 bleiben unberührt.

§ 491
Verbraucherdarlehensvertrag

(1) Für entgeltliche Darlehensverträge zwischen einem Unternehmer als Darlehensgeber und einem Verbraucher als Darlehensnehmer (Verbraucherdarlehensvertrag) gelten vorbehaltlich der Absätze 2 und 3 ergänzend die folgenden Vorschriften. Verbraucher im Sinne dieses Titels ist über § 13 hinaus auch, wer sich ein Darlehen für die Aufnahme einer gewerblichen oder selbständigen Tätigkeit gewähren lässt (Existenzgründer).

(2) Die folgenden Vorschriften finden keine Anwendung auf Darlehensverträge,

1. bei denen das auszuzahlende Darlehen (Nettodarlehensbetrag) 200 Euro nicht übersteigt;

2. wenn das Darlehen der Existenzgründung dient und der Nettodarlehensbetrag 50.000 Euro übersteigt;

3. die ein Arbeitgeber mit seinem Arbeitnehmer zu Zinsen abschließt, die unter den marktüblichen Sätzen liegen;

4. die im Rahmen der Förderung des Wohnungswesens und des Städtebaus auf Grund öffentlich-rechtlicher Bewilligungsbescheide oder auf Grund von Zuwendungen aus öffentlichen Haushalten unmittelbar zwischen der die Fördermittel vergebenden öffentlich-rechtlichen Anstalt und dem Darlehensnehmer zu Zinssätzen abgeschlossen werden, die unter den marktüblichen Sätzen liegen.

(3) Keine Anwendung finden ferner

1. die §§ 358, 359, § 492 Abs. 1 Satz 5 Nr. 2, § 495, § 497 Abs. 2 und 3 und § 498 auf Darlehensverträge, bei denen die Gewährung des Darlehens von der Sicherung durch ein Grundpfandrecht abhängig gemacht wird und zu Bedingungen erfolgt, die für grundpfandrechtlich abgesicherte Darlehensverträge und deren Zwischenfinanzierung üblich sind; der Sicherung durch ein Grundpfandrecht steht es gleich, wenn von einer solchen Sicherung gemäß § 7 Abs. 3 bis 5 des Gesetzes über Bausparkassen abgesehen wird;

2. § 358 Abs. 1, 2, 4 und 5 und die §§ 492 bis 495 auf Darlehensverträge, die in ein nach den Vorschriften der Zivilprozessordnung errichtetes gerichtliches Protokoll aufgenommen oder notariell beurkundet sind, wenn das Protokoll oder die notarielle Urkunde den Jahreszins, die bei Abschluss des Vertrags in Rechnung gestellten Kosten des Darlehens sowie die Voraussetzungen enthält, unter denen der Jahreszins oder die Kosten geändert werden können;

3. die §§ 358, 359 auf Darlehensverträge, die der Finanzierung des Erwerbs von Wertpapieren, Devisen, Derivaten oder Edelmetallen dienen.

§ 492
Schriftform,
Vertragsinhalt

(1) Verbraucherdarlehensverträge sind, soweit nicht eine strengere Form vorgeschrieben ist, schriftlich abzuschließen. Der Abschluss des Vertrags in elektronischer Form ist ausgeschlossen. Der Schriftform ist genügt, wenn Antrag und Annahme durch die Vertragsparteien jeweils getrennt schriftlich erklärt werden. Die Erklärung des Darlehensgebers bedarf keiner Unterzeichnung, wenn sie mit Hilfe einer automatischen Einrichtung erstellt wird. Die vom Darlehensnehmer zu unterzeichnende Vertragserklärung muss angeben

1. den Nettodarlehensbetrag, gegebenenfalls die Höchstgrenze des Darlehens;

2. den Gesamtbetrag aller vom Darlehensnehmer zur Tilgung des Darlehens sowie zur Zahlung der Zinsen und sonstigen Kosten zu entrichtenden Teilzahlungen, wenn der Gesamtbetrag bei Abschluss des Darlehensvertrags für die gesamte Laufzeit der Höhe nach feststeht. Ferner ist bei Darlehen mit veränderlichen Bedingungen, die in Teilzahlungen getilgt werden, ein Gesamtbetrag auf der Grundlage der bei Abschluss des Vertrags maßgeblichen Darlehensbedingungen anzugeben. Kein Gesamtbetrag ist anzugeben bei Darlehen, bei denen die Inanspruchnahme bis zu einer Höchstgrenze freigestellt ist;

3. die Art und Weise der Rückzahlung des Darlehens oder, wenn eine Vereinbarung hierüber nicht vorgesehen ist, die Regelung der Vertragsbeendigung;

4. den Zinssatz und alle sonstigen Kosten des Darlehens, die, soweit ihre Höhe bekannt ist, im einzelnen zu bezeichnen, im Übrigen dem Grunde nach anzugeben sind, einschließlich etwaiger vom Darlehensnehmer zu tragender Vermittlungskosten;

5. den effektiven Jahreszins oder, wenn eine Änderung des Zinssatzes oder anderer preisbestimmender Faktoren vorbehalten ist, den anfänglichen effektiven Jahreszins; zusammen mit dem anfänglichen effektiven Jahreszins ist auch anzugeben, unter welchen Voraussetzungen preisbestimmende Faktoren geändert werden können und auf welchen Zeitraum Belastungen, die sich aus einer nicht vollständigen Auszahlung oder aus einem Zuschlag zu dem Darlehen ergeben, bei der Berechnung des effektiven Jahreszinses verrechnet werden;

6. die Kosten einer Restschuld- oder sonstigen Versicherung, die im Zusammenhang mit dem Darlehensvertrag abgeschlossen wird;

7. zu bestellende Sicherheiten.

(2) Effektiver Jahreszins ist die in einem Prozentsatz des Nettodarlehensbetrags anzugebende Gesamtbelastung pro Jahr. Die Berechnung des effektiven und des an-

fänglichen effektiven Jahreszinses richtet sich nach § 6 der Verordnung zur Regelung der Preisangaben.

(3) Der Darlehensgeber hat dem Darlehensnehmer eine Abschrift der Vertragserklärungen auszuhändigen.

§ 493
Überziehungskredit

(1) Die Bestimmungen des § 492 gelten nicht für Darlehensverträge, bei denen ein Kreditinstitut einem Darlehensnehmer das Recht einräumt, sein laufendes Konto in bestimmter Höhe zu überziehen, wenn außer den Zinsen für das in Anspruch genommene Darlehen keine weiteren Kosten in Rechnung gestellt werden und die Zinsen nicht in kürzeren Perioden als drei Monaten belastet werden. Das Kreditinstitut hat den Darlehensnehmer vor der Inanspruchnahme eines solchen Darlehens zu unterrichten über

1. die Höchstgrenze des Darlehens;

2. den zum Zeitpunkt der Unterrichtung geltenden Jahreszins;

3. die Bedingungen, unter denen der Zinssatz geändert werden kann;

4. die Regelung der Vertragsbeendigung.

Die Vertragsbedingungen nach Satz 2 Nr. 1 bis 4 sind dem Darlehensnehmer spätestens nach der ersten Inanspruchnahme des Darlehens schriftlich zu bestätigen. Ferner ist der Darlehensnehmer während der Inanspruchnahme des Darlehens über jede Änderung des Jahreszinses zu unterrichten. Die Bestätigung nach Satz 3 und die Unterrichtung nach Satz 4 können auch in Form eines Ausdrucks auf einem Kontoauszug erfolgen.

(2) Duldet das Kreditinstitut die Überziehung eines laufenden Kontos und wird das Konto länger als drei Monate überzogen, so hat das Kreditinstitut den Darlehensnehmer über den Jahreszins, die Kosten sowie die diesbezüglichen Änderungen zu unterrichten; dies kann in Form eines Ausdrucks auf einem Kontoauszug erfolgen.

§ 494
Rechtsfolgen von Formmängeln

(1) Der Darlehensvertrag ist nichtig, wenn die Schriftform insgesamt nicht eingehalten ist oder wenn eine der in § 492 Abs. 1 Satz 5 Nr. 1 bis 6 vorgeschriebenen Angaben fehlt.

(2) Ungeachtet eines Mangels nach Absatz 1 wird der Darlehensvertrag gültig, soweit der Darlehensnehmer das Darlehen empfängt oder in Anspruch nimmt. Jedoch ermäßigt sich der dem Darlehensvertrag zugrunde gelegte Zinssatz (§ 492 Abs. 1 Satz 5 Nr. 4) auf den gesetzlichen Zinssatz, wenn seine Angabe, die Angabe des effektiven oder anfänglichen effektiven Jahreszinses (§ 492 Abs. 1 Satz 5 Nr. 5) oder die Angabe des Gesamtbetrags (§ 492 Abs. 1 Satz 5 Nr. 2) fehlt. Nicht angegebene Kosten werden vom Darlehensnehmer nicht geschuldet. Vereinbarte Teilzahlungen sind unter Berücksichtigung der verminderten Zinsen oder Kosten neu zu berechnen. Ist nicht angegeben, unter welchen Voraussetzungen preisbestimmende Faktoren geändert werden können, so entfällt die Möglichkeit, diese zum Nachteil des Darlehensnehmers zu ändern. Sicherheiten können bei fehlenden Angaben hierüber nicht gefordert werden; dies gilt nicht, wenn der Nettodarlehensbetrag 50 000 Euro übersteigt.

(3) Ist der effektive oder der anfängliche effektive Jahreszins zu niedrig angegeben, so vermindert sich der dem Darlehensvertrag zugrunde gelegte Zinssatz um den Prozentsatz, um den der effektive oder anfängliche effektive Jahreszins zu niedrig angegeben ist.

§ 495
Widerrufsrecht

(1) Dem Verbraucher steht ein Widerrufsrecht nach § 355 zu.

(2) Hat der Verbraucher das Darlehen empfangen, gilt der Widerruf als nicht erfolgt, wenn er das Darlehen nicht binnen zwei Wochen entweder nach Erklärung des Widerrufs oder nach Auszahlung des Darlehens zurückzahlt. Dies gilt nicht im Falle des § 358 Abs. 2.

(3) Die Absätze 1 und 2 finden keine Anwendung auf die in § 493 Abs. 1 Satz 1 genannten Darlehensverträge, wenn der Verbraucher nach dem Darlehensvertrag das

Darlehen jederzeit ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist und ohne zusätzliche Kosten zurückzahlen kann.

§ 496
Einwendungsverzicht,
Wechsel- und Scheckverbot

(1) Eine Vereinbarung, durch die der Darlehensnehmer auf das Recht verzichtet, Einwendungen, die ihm gegenüber dem Darlehensgeber zustehen, gemäß § 404 einem Abtretungsgläubiger entgegenzusetzen oder eine ihm gegen den Darlehensgeber zustehende Forderung gemäß § 406 auch dem Abtretungsgläubiger gegenüber aufzurechnen, ist unwirksam.

(2) Der Darlehensnehmer darf nicht verpflichtet werden, für die Ansprüche des Darlehensgebers aus dem Darlehensvertrag eine Wechselverbindlichkeit einzugehen. Der Darlehensgeber darf vom Darlehensnehmer zur Sicherung seiner Ansprüche aus dem Darlehensvertrag einen Scheck nicht entgegennehmen. Der Darlehensnehmer kann vom Darlehensgeber jederzeit die Herausgabe eines Wechsels oder Schecks, der entgegen Satz 1 oder 2 begeben worden ist, verlangen. Der Darlehensgeber haftet für jeden Schaden, der dem Darlehensnehmer aus einer solchen Wechsel- oder Scheckbegebung entsteht.

§ 497
Behandlung der Verzugszinsen,
Anrechnung von Teilleistungen

(1) Soweit der Verbraucher mit Zahlungen, die er auf Grund des Darlehensvertrags schuldet, in Verzug kommt, hat er den geschuldeten Betrag gemäß § 288 Abs. 1 zu verzinsen, es sei denn, es handelt sich um einen grundpfandrechtlich gesicherten Darlehensvertrag gemäß § 491 Abs. 3 Nr. 1. Bei diesen Verträgen beträgt der Verzugszinssatz für das Jahr zweieinhalb Prozentpunkte über dem Basiszinssatz. Im Einzelfall kann der Darlehensgeber einen höheren oder der Verbraucher einen niedrigeren Schaden nachweisen.

(2) Die nach Eintritt des Verzugs anfallenden Zinsen sind auf einem gesonderten Konto zu verbuchen und dürfen nicht in ein Kontokorrent mit dem geschuldeten Betrag oder anderen Forderungen des Darlehensgebers eingestellt werden. Hinsichtlich

dieser Zinsen gilt § 289 Satz 2 mit der Maßgabe, dass der Darlehensgeber Schadensersatz nur bis zur Höhe des gesetzlichen Zinssatzes gemäß § 246 verlangen kann.

(3) Zahlungen des Darlehensnehmers, die zur Tilgung der gesamten fälligen Schuld nicht ausreichen, werden abweichend von § 367 Abs. 1 zunächst auf die Kosten der Rechtsverfolgung, dann auf den übrigen geschuldeten Betrag und zuletzt auf die Zinsen (Absatz 1) angerechnet. Der Darlehensgeber darf Teilzahlungen nicht zurückweisen. Auf die Ansprüche auf Zinsen findet § 197 Abs. 2 keine Anwendung. Die Sätze 1 bis 3 finden keine Anwendung, soweit Zahlungen auf Vollstreckungstitel geleistet werden, deren Hauptforderung auf Zinsen lautet.

§ 498
Gesamtfälligstellung bei Teilzahlungsdarlehen

(1) Wegen Zahlungsverzugs des Darlehensnehmers kann der Darlehensgeber den Darlehensvertrag bei einem Darlehen, das in Teilzahlungen zu tilgen ist, nur kündigen, wenn

1. der Darlehensnehmer mit mindestens zwei aufeinanderfolgenden Teilzahlungen ganz oder teilweise und mindestens zehn Prozent, bei einer Laufzeit des Darlehensvertrags über drei Jahre mit fünf Prozent des Nennbetrags des Darlehens oder des Teilzahlungspreises in Verzug ist und

2. der Darlehensgeber dem Darlehensnehmer erfolglos eine zweiwöchige Frist zur Zahlung des rückständigen Betrags mit der Erklärung gesetzt hat, dass er bei Nichtzahlung innerhalb der Frist die gesamte Restschuld verlange.

Der Darlehensgeber soll dem Darlehensnehmer spätestens mit der Fristsetzung ein Gespräch über die Möglichkeiten einer einverständlichen Regelung anbieten.

(2) Kündigt der Darlehensgeber den Darlehensvertrag, so vermindert sich die Restschuld um die Zinsen und sonstigen laufzeitabhängigen Kosten des Darlehens, die bei staffelmäßiger Berechnung auf die Zeit nach Wirksamwerden der Kündigung entfallen.

Untertitel 2
Finanzierungshilfen

§ 499
Zahlungsaufschub, sonstige Finanzierungshilfe

(1) Die Vorschriften der §§ 358, 359, 492, 494 bis 498 finden vorbehaltlich des Absatzes 3 entsprechende Anwendung auf Verträge, durch die ein Unternehmer einem Verbraucher einen entgeltlichen Zahlungsaufschub von mehr als drei Monaten oder eine sonstige entgeltliche Finanzierungshilfe gewährt.

(2) Für Finanzierungsleasingverträge und Verträge, die die Lieferung einer bestimmten Sache oder die Erbringung einer bestimmten anderen Leistung gegen Teilzahlungen zum Gegenstand haben (Teilzahlungsgeschäfte), gelten vorbehaltlich des Absatzes 3 die in den §§ 500 bis 504 geregelten Besonderheiten.

(3) Die Vorschriften dieses Untertitels finden in dem in § 491 Abs. 2 und 3 bestimmten Umfang keine Anwendung.

§ 500
Finanzierungsleasingverträge

Auf Finanzierungsleasingverträge zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher finden lediglich die Vorschriften der §§ 358, 359, 492 Abs. 1 Satz 1 bis 4, § 492 Abs. 2 und 3 und § 495 Abs. 1 sowie der §§ 496 bis 498 entsprechende Anwendung.

§ 501
Teilzahlungsgeschäfte

Auf Teilzahlungsgeschäfte zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher finden lediglich die Vorschriften der §§ 358, 359, 492 Abs. 1 Satz 1 bis 4, § 492 Abs. 2 und 3, § 495 Abs. 1 sowie der §§ 496 bis 498 entsprechende Anwendung. Im Übrigen gelten die folgenden Vorschriften.

§ 502
Erforderliche Angaben,
Rechtsfolgen von Formmängeln
bei Teilzahlungsgeschäften

(1) Die vom Verbraucher zu unterzeichnende Vertragserklärung muss bei Teilzahlungsgeschäften angeben

1. den Barzahlungspreis;

2. den Teilzahlungspreis (Gesamtbetrag von Anzahlung und allen vom Verbraucher zu entrichtenden Teilzahlungen einschließlich Zinsen und sonstiger Kosten);

3. Betrag und Fälligkeit der einzelnen Teilzahlungen;

4. den effektiven Jahreszins;

5. die Kosten einer Versicherung, die im Zusammenhang mit dem Teilzahlungsgeschäft abgeschlossen wird;

6. die Vereinbarung eines Eigentumsvorbehalts oder einer anderen zu bestellenden Sicherheit.

Der Angabe eines Barzahlungspreises und eines effektiven Jahreszinses bedarf es nicht, wenn der Unternehmer nur gegen Teilzahlungen Sachen liefert oder Leistungen erbringt.

(2) Die Erfordernisse des Absatzes 1, des § 492 Abs. 1 Satz 1 bis 4 und des § 492 Abs. 3 gelten nicht für Teilzahlungsgeschäfte im Fernabsatz, wenn die in Absatz 1 Satz 1 Nr. 1 bis 5 bezeichneten Angaben mit Ausnahme des Betrags der einzelnen Teilzahlungen dem Verbraucher so rechtzeitig auf einem dauerhaften Datenträger zur Verfügung stehen, dass er die Angaben vor dem Abschluss des Vertrags eingehend zur Kenntnis nehmen kann.

(3) Das Teilzahlungsgeschäft ist nichtig, wenn die Schriftform des § 492 Abs. 1 Satz 1 bis 4 nicht eingehalten ist oder wenn eine der im Absatz 1 Satz 1 Nr. 1 bis 5 vorge-

schriebenen Angaben fehlt. Ungeachtet eines Mangels nach Satz 1 wird das Teilzahlungsgeschäft gültig, wenn dem Verbraucher die Sache übergeben oder die Leistung erbracht wird. Jedoch ist der Barzahlungspreis höchstens mit dem gesetzlichen Zinssatz zu verzinsen, wenn die Angabe des Teilzahlungspreises oder des effektiven Jahreszinses fehlt. Ist ein Barzahlungspreis nicht genannt, so gilt im Zweifel der Marktpreis als Barzahlungspreis. Die Bestellung von Sicherheiten kann bei fehlenden Angaben hierüber nicht gefordert werden. Ist der effektive oder der anfängliche effektive Jahreszins zu niedrig angegeben, so vermindert sich der Teilzahlungspreis um den Prozentsatz, um den der effektive oder anfängliche effektive Jahreszins zu niedrig angegeben ist.

§ 503
Rückgaberecht, Rücktritt
bei Teilzahlungsgeschäften

(1) Anstelle des dem Verbraucher gemäß § 495 Abs. 1 zustehenden Widerrufsrechts kann dem Verbraucher ein Rückgaberecht nach § 356 eingeräumt werden.

(2) Der Unternehmer kann von einem Teilzahlungsgeschäft wegen Zahlungsverzugs des Verbrauchers nur unter den in § 498 Abs. 1 bezeichneten Voraussetzungen zurücktreten. Der Verbraucher hat dem Unternehmer auch die infolge des Vertrags gemachten Aufwendungen zu ersetzen. Bei der Bemessung der Vergütung von Nutzungen einer zurückzugewährenden Sache ist auf die inzwischen eingetretene Wertminderung Rücksicht zu nehmen. Nimmt der Unternehmer die auf Grund des Teilzahlungsgeschäfts gelieferte Sache wieder an sich, gilt dies als Ausübung des Rücktrittsrechts, es sei denn, der Unternehmer einigt sich mit dem Verbraucher, diesem den gewöhnlichen Verkaufswert der Sache im Zeitpunkt der Wegnahme zu vergüten. Satz 4 gilt entsprechend, wenn ein Vertrag über die Lieferung einer Sache mit einem Darlehensvertrag verbunden ist (§ 358 Abs. 2) und wenn der Darlehensgeber die Sache an sich nimmt; im Falle des Rücktritts bestimmt sich das Rechtsverhältnis zwischen dem Darlehensgeber und dem Verbraucher nach den Sätzen 2 und 3.

§ 504
Vorzeitige Zahlung bei Teilzahlungsgeschäften

Erfüllt der Verbraucher vorzeitig seine Verbindlichkeiten aus dem Teilzahlungsgeschäft, so vermindert sich der Teilzahlungspreis um die Zinsen und sonstigen laufzeitabhängigen Kosten, die bei gestaffelter Berechnung auf die Zeit nach der vorzeitigen Erfüllung entfallen. Ist ein Barzahlungspreis gemäß § 502 Abs. 1 Satz 2 nicht anzugeben, so ist der gesetzliche Zinssatz zugrunde zu legen. Zinsen und sonstige laufzeitabhängige Kosten kann der Unternehmer jedoch für die ersten neun Monate der ursprünglich vorgesehenen Laufzeit auch dann verlangen, wenn der Verbraucher seine Verbindlichkeiten vor Ablauf dieses Zeitraums erfüllt.

Untertitel 3
Ratenlieferungsverträge

§ 505
Ratenlieferungsverträge

(1) Dem Verbraucher steht vorbehaltlich des Satzes 2 bei Verträgen mit einem Unternehmer, in denen die Willlenserklärung des Verbrauchers auf den Abschluss eines Vertrags gerichtet ist, der

1. die Lieferung mehrerer als zusammengehörend verkaufter Sachen in Teilleistungen zum Gegenstand hat und bei dem das Entgelt für die Gesamtheit der Sachen in Teilleistungen zu entrichten ist, oder

2. die regelmäßige Lieferung von Sachen gleicher Art zum Gegenstand hat, oder

3. die Verpflichtung zum wiederkehrenden Erwerb oder Bezug von Sachen zum Gegenstand hat

(Ratenlieferungsvertrag), ein Widerrufsrecht gemäß § 355 zu. Dies gilt nicht in dem in § 491 Abs. 2 und 3 bestimmten Umfang.

(2) Der Ratenlieferungsvertrag bedarf der schriftlichen Form. Der Unternehmer hat dem Verbraucher den Vertrag auf einem dauerhaften Datenträger zur Verfügung zu stellen.

Untertitel 4
Unabdingbarkeit

§ 506
Abweichende Vereinbarungen

Von den Vorschriften der §§ 491 bis 505 darf nicht zum Nachteil des Verbrauchers abgewichen werden. Diese Vorschriften finden auch Anwendung, wenn sie durch anderweitige Gestaltungen umgangen werden."

32. In dem neuen Abschnitt 8 des zweiten Buches werden der bisherige zweite und dritte Titel sowie der vierte Titel die Titel 4 bis 6.

33. § 523 Abs. 2 Satz 2 wird wie folgt gefasst:

„Die für die Haftung des Verkäufers für Rechtsmängel geltenden Vorschriften des § 433 Abs. 1 Satz 1 und der §§ 435, 436, 444, 452, 453 finden entsprechende Anwendung."

34. Dem § 604 wird folgender Absatz angefügt:

„(5) Die Verjährung des Anspruchs auf Rückgabe der Sache beginnt mit der Beendigung der Leihe."

35. In dem neuen Abschnitt 8 des zweiten Buches wird der bisherige fünfte Titel der Titel 7 und wie folgt gefasst:

„Titel 7
Sachdarlehensvertrag

§ 607
Vertragstypische Pflichten

(1) Durch den Sachdarlehensvertrag wird der Darlehensgeber verpflichtet, dem Darlehensnehmer eine vereinbarte vertretbare Sache zu überlassen. Der Darlehensnehmer ist zur Zahlung eines Darlehensentgelts und bei Fälligkeit zur Rückerstattung des Empfangenen in Sachen von gleicher Art, Güte und Menge verpflichtet.

(2) Die Vorschriften dieses Titels finden keine Anwendung auf die Überlassung von Geld.

§ 608
Kündigung

(1) Ist für die Rückerstattung der überlassenen Sache eine Zeit nicht bestimmt, hängt die Fälligkeit davon ab, dass der Gläubiger oder der Schuldner kündigt.

(2) Ein auf unbestimmte Zeit abgeschlossener Sachdarlehensvertrag kann, soweit nicht ein anderes vereinbart ist, jederzeit vom Gläubiger oder Schuldner ganz oder teilweise gekündigt werden.

§ 609
Entgelt

Ein Entgelt hat der Darlehensnehmer spätestens bei Rückerstattung der überlassenen Sache zu bezahlen.“

36. In dem neuen Abschnitt 8 des zweiten Buches werden der bisherige sechste und siebente Titel sowie der achte bis fünfundzwanzigste Titel die Titel 8 bis 27.

37. Dem § 632 wird folgender Absatz angefügt:

„(3) Ein Kostenanschlag ist im Zweifel nicht zu vergüten.“

38. Die §§ 633 bis 638 werden wie folgt gefasst:

„§ 633
Sach- und Rechtsmangel

(1) Der Unternehmer hat dem Besteller das Werk frei von Sach- und Rechtsmängeln zu verschaffen.

(2) Das Werk ist frei von Sachmängeln, wenn es die vereinbarte Beschaffenheit hat. Ist die Beschaffenheit nicht vereinbart, so ist das Werk frei von Sachmängeln, wenn es sich für die nach dem Vertrag vorausgesetzte, sonst für die gewöhnliche Verwendung eignet. Einem Sachmangel steht es gleich, wenn der Unternehmer ein anderes als das bestellte Werk oder das Werk in zu geringer Menge herstellt.

(3) Das Werk ist frei von Rechtsmängeln, wenn Dritte in Bezug auf das Werk keine oder nur die im Vertrag übernommenen Rechte gegen den Besteller geltend machen können.

§ 634
Ansprüche und Rechte des Bestellers bei Mängeln

Ist das Werk mangelhaft, kann der Besteller, soweit im Folgenden nichts anderes bestimmt ist, unter den Voraussetzungen

1. des § 635 Nacherfüllung verlangen,

2. des § 637 den Mangel selbst beseitigen und Ersatz der erforderlichen Aufwendungen verlangen, der §§ 636, 323, 326 Abs. 1 Satz 3 von dem Vertrag zurücktreten oder des § 638 die Vergütung mindern und

3. der §§ 636, 280, 281, 283, 311a Schadensersatz oder des § 284 Ersatz vergeblicher Aufwendungen verlangen.

§ 634a
Verjährung der Mängelansprüche

(1) Die in § 634 bezeichneten Ansprüche verjähren

1. in fünf Jahren bei einem Bauwerk,

2. in der regelmäßigen Verjährungsfrist bei einem Werk, das in einem anderen Erfolg als dem der Herstellung oder Veränderung einer Sache besteht und

3. im Übrigen in zwei Jahren.

(2) Die Verjährung beginnt in den Fällen des Absatzes 1 Nr. 1 und 3 mit der Abnahme.

(3) Abweichend von Absatz 1 Nr. 1 und 3 verjähren die Ansprüche in der regelmäßigen Verjährungsfrist, wenn der Unternehmer den Mangel arglistig verschwiegen hat.

(4) Der Besteller kann trotz einer Unwirksamkeit des Rücktritts nach § 218 Abs. 1 die Zahlung der Vergütung insoweit verweigern, als er auf Grund des Rücktritts dazu berechtigt sein würde.

§ 635
Nacherfüllung

(1) Verlangt der Besteller Nacherfüllung, so kann der Unternehmer nach seiner Wahl den Mangel beseitigen oder ein neues Werk herstellen.

(2) Der Unternehmer hat die zum Zweck der Nacherfüllung erforderlichen Aufwendungen, insbesondere Transport-, Wege-, Arbeits- und Materialkosten zu tragen.

(3) Der Unternehmer kann die Nacherfüllung auch verweigern, wenn sie nur mit unverhältnismäßigen Kosten möglich ist.

(4) Stellt der Unternehmer ein neues Werk her, so kann er vom Besteller Rückgewähr des mangelhaften Werks nach Maßgabe der §§ 346 bis 348 verlangen.

§ 636
Besondere Bestimmungen für Rücktritt und Schadensersatz

Außer in den Fällen der §§ 281 Abs. 2 und 323 Abs. 2 bedarf es der Fristsetzung auch dann nicht, wenn der Unternehmer die Nacherfüllung gemäß § 635 Abs. 3 verweigert oder wenn die Nacherfüllung fehlgeschlagen oder dem Besteller unzumutbar ist.

§ 637
Selbstvornahme

(1) Der Besteller kann wegen eines Mangels des Werks nach erfolglosem Ablauf einer von ihm zur Nacherfüllung bestimmten angemessenen Frist den Mangel selbst beseitigen und Ersatz der erforderlichen Aufwendungen verlangen, wenn nicht der Unternehmer die Nacherfüllung nach § 635 Abs. 3 verweigert.

(2) § 323 Abs. 2 findet entsprechende Anwendung. Der Bestimmung einer Frist bedarf es auch dann nicht, wenn die Nacherfüllung fehlgeschlagen oder dem Besteller unzumutbar ist.

(3) Der Besteller kann von dem Unternehmer für die zur Beseitigung des Mangels erforderlichen Aufwendungen Vorschuss verlangen.

§ 638
Minderung

(1) Statt zurückzutreten, kann der Besteller die Vergütung durch Erklärung gegenüber dem Unternehmer mindern. Der Ausschlussgrund des § 323 Abs. 4 Satz 2 findet keine Anwendung.

(2) Sind auf der Seite des Bestellers oder auf der Seite des Unternehmers mehrere beteiligt, so kann die Minderung nur von allen oder gegen alle erklärt werden.

(3) Durch die Minderung wird die Vergütung um den Betrag herabgesetzt, um den der Mangel den Wert des Werks, gemessen an der Vergütung, mindert. Der Betrag ist, soweit erforderlich, durch Schätzung zu ermitteln.

(4) Hat der Besteller mehr als die geminderte Vergütung gezahlt, so ist der Mehrbetrag vom Unternehmer zu erstatten. § 346 Abs. 1 und § 347 Abs. 1 finden entsprechende Anwendung.

(5) Die §§ 218 und 634a Abs. 4 finden entsprechende Anwendung."

39. Der bisherige § 637 wird § 639.

40. In § 640 Abs. 2 werden die Wörter „ so stehen ihm die in den §§ 633, 634 bestimmten Ansprüche" durch die Wörter „so stehen ihm die in § 634 Nr. 1 und 2 bezeichneten Ansprüche" ersetzt.

41. In § 644 Abs. 2 wird die Angabe „§ 447" durch die Angabe „§ 446" ersetzt.

42. In § 646 wird die Angabe „§§ 638, 641, 644, 645" durch die Angabe „des § 634a Abs. 2 und der §§ 641, 644 und 645" ersetzt.

43. § 651 wird wie folgt gefasst:

„§ 651
Anwendung des Kaufrechts

Auf einen Vertrag, der die Lieferung herzustellender oder zu erzeugender beweglicher Sachen zum Gegenstand hat, finden die Vorschriften über den Kauf Anwendung. § 442 Abs. 1 Satz 1 findet bei diesen Verträgen auch Anwendung, wenn der Mangel auf den vom Besteller gelieferten Stoff zurückzuführen ist."

44. § 651a wird wie folgt geändert:

a) Nach Absatz 2 wird folgender Absatz eingefügt:

„(3) Der Reiseveranstalter hat dem Reisenden bei oder unverzüglich nach Vertragsschluss eine Urkunde über den Reisevertrag (Reisebestätigung) auszuhändigen. Die Reisebestätigung und ein Prospekt, den der Reiseveranstalter zur Verfügung stellt, müssen die in einer Verordnung auf Grund von Artikel

238 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche bestimmten Angaben enthalten."

b) Der bisherige Absatz 3 wird Absatz 4 und dessen Satz 3 wird wie folgt gefasst:

„§ 309 Nr. 1 bleibt unberührt."

c) Der bisherige Absatz 4 wird Absatz 5.

d) Der bisherige Absatz 5 wird aufgehoben.

45. In § 651d Abs. 1 wird die Angabe „§ 472" durch die Angabe „§ 441 Abs. 3" ersetzt.

46. In § 651e Abs. 3 Satz 2 wird die Angabe „ § 471" durch die Angabe „§ 441 Abs. 3" ersetzt.

47. § 651g Abs. 2 wird wie folgt geändert:

a) In Satz 1 werden die Wörter „sechs Monaten" durch die Wörter „zwei Jahren" ersetzt.

b) Satz 3 wird aufgehoben.

48. § 651l wird wie folgt gefasst:

„§ 651l
Abweichende Vereinbarungen

Von den Vorschriften der §§ 651a bis 651k kann vorbehaltlich des Satzes 2 nicht zum Nachteil des Reisenden abgewichen werden. Die in § 651g Abs. 2 bestimmte Verjährung kann erleichtert werden, vor Mitteilung eines Mangels an den Reiseveranstalter jedoch nicht, wenn die Vereinbarung zu einer Verjährungsfrist ab dem in § 651g Abs. 2 Satz 2 bestimmten Verjährungsbeginn von weniger als einem Jahr führt."

49. Dem § 652 wird folgende Gliederungsüberschrift vorangestellt:

„Untertitel 1
Allgemeine Vorschriften“

50. Nach § 655 wird folgender Untertitel eingefügt:

„Untertitel 2
Darlehensvermittlungsvertrag

§ 655a
Darlehensvermittlungsvertrag

Für einen Vertrag, nach dem ein Unternehmer es unternimmt, einem Verbraucher im Sinne der §§ 13, 491 Abs. 1 Satz 2 gegen Entgelt einen Darlehensvertrag zu vermitteln oder ihm die Gelegenheit zum Abschluss eines Darlehensvertrags nachzuweisen (Darlehensvermittlungsvertrag), gelten vorbehaltlich des Satzes 2 die folgenden Vorschriften. Dies gilt nicht in dem in § 491 Abs. 2 bestimmten Umfang.

§ 655b
Schriftform

(1) Der Darlehensvermittlungsvertrag bedarf der schriftlichen Form. In dem Vertrag ist insbesondere die Vergütung des Darlehensvermittlers in einem Prozentsatz des Darlehens anzugeben; hat der Darlehensvermittler auch mit dem Unternehmer eine Vergütung vereinbart, so ist auch diese anzugeben. Eine Vertragsurkunde darf nicht mit dem Antrag auf Hingabe des Darlehens verbunden werden. Der Darlehensvermittler hat dem Verbraucher den Vertrag auf einem dauerhaften Datenträger zur Verfügung zu stellen.

(2) Ein Darlehensvermittlungsvertrag, der den Anforderungen des Absatzes 1 Satz 1 bis 3 nicht genügt, ist nichtig.

§ 655c

Vergütung

Der Verbraucher ist zur Zahlung der Vergütung nur verpflichtet, wenn infolge der Vermittlung oder des Nachweises des Darlehensvermittlers das Darlehen an den Verbraucher geleistet wird und ein Widerruf des Verbrauchers nach § 355 nicht mehr möglich ist. Soweit der Darlehensvertrag mit Wissen des Darlehensvermittlers der vorzeitigen Ablösung eines anderen Darlehens (Umschuldung) dient, entsteht ein Anspruch auf die Vergütung nur, wenn sich der effektive Jahreszins oder der anfängliche effektive Jahreszins nicht erhöht; bei der Berechnung des effektiven oder des anfänglichen effektiven Jahreszinses für den abzulösenden Darlehensvertrag bleiben etwaige Vermittlungskosten außer Betracht.

§ 655d

Nebenentgelte

Der Darlehensvermittler darf für Leistungen, die mit der Vermittlung des Darlehensvertrags oder dem Nachweis der Gelegenheit zum Abschluss eines Darlehensvertrags zusammenhängen, außer der Vergütung nach § 655c Satz 1 ein Entgelt nicht vereinbaren. Jedoch kann vereinbart werden, dass dem Darlehensvermittler entstandene, erforderliche Auslagen zu erstatten sind.

§ 655e

Abweichende Vereinbarungen

Von den Vorschriften dieses Untertitels darf nicht zum Nachteil des Verbrauchers abgewichen werden. Die Vorschriften dieses Untertitels finden auch Anwendung, wenn sie durch anderweitige Gestaltungen umgangen werden.“

51. Dem § 656 wird folgende Gliederungsüberschrift vorangestellt:

„Untertitel 3

Ehevermittlung“

52. § 675a wird wie folgt geändert:

a) In Absatz 1 Satz 2 werden die Wörter „nach Absatz 2“ durch die Wörter „nach Artikel 239 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche“ ersetzt.

b) Absatz 2 wird aufgehoben.

c) Absatz 3 wird Absatz 2.

53. Dem § 695 wird folgender Satz angefügt:

„Die Verjährung des Anspruchs auf Rückgabe der Sache beginnt mit der Rückforderung.“

54. Dem § 696 wird folgender Satz angefügt:

„Die Verjährung des Anspruchs beginnt mit dem Verlangen auf Rücknahme.“

55. In § 700 Abs. 1 werden die Wörter „die Vorschriften über das Darlehen“ jeweils durch die Wörter „bei Geld die Vorschriften über den Darlehensvertrag, bei anderen Sachen die Vorschriften über den Sachdarlehensvertrag“ ersetzt.

56. In § 778 werden die Wörter „Kredit zu geben“ durch die Wörter „ein Darlehen oder eine Finanzierungshilfe zu gewähren“ und die Wörter „aus der Kreditgewährung“ durch die Wörter „aus dem Darlehen oder der Finanzierungshilfe“ ersetzt.

57. § 786 wird aufgehoben.

58. In § 802 Satz 3 wird die Angabe „§§ 203, 206, 207“ durch die Angabe „§§ 206, 210, 211“ ersetzt.

59. In § 813 Abs. 1 Satz 2 wird die Angabe „§ 222 Abs. 2“ durch die Angabe „§ 214 Abs. 2“ ersetzt.

60. § 852 wird wie folgt gefasst:

„§ 852
Herausgabeanspruch nach Eintritt der Verjährung

Hat der Ersatzpflichtige durch eine unerlaubte Handlung auf Kosten des Verletzten etwas erlangt, so ist er auch nach Eintritt der Verjährung des Anspruchs auf Ersatz des aus einer unerlaubter Handlung entstandenen Schadens zur Herausgabe nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung verpflichtet. Dieser Anspruch verjährt in zehn Jahren von der Fälligkeit an, ohne Rücksicht auf die Fälligkeit in 30 Jahren von der Begehung der Verletzungshandlung oder der Verwirklichung der Gefahr an.“

61. § 939 wird wie folgt gefasst:

„§ 939
Hemmung der Ersitzung

(1) Die Ersitzung ist gehemmt, wenn der Eigentumsanspruch gegen den Eigenbesitzer oder im Falle eines mittelbaren Eigenbesitzes gegen den Besitzer, der sein Recht zum Besitz von dem Eigenbesitzer ableitet, in einer nach den §§ 203 und 204 zur Hemmung der Verjährung geeigneten Weise geltend gemacht wird. Die Hemmung tritt jedoch nur zugunsten desjenigen ein, welcher sie herbeiführt.

(2) Die Ersitzung ist ferner gehemmt, solange die Verjährung des Eigentumsanspruchs nach den §§ 205 bis 207 oder ihr Ablauf nach den §§ 210 und 211 gehemmt ist.“

62. § 941 wird wie folgt gefasst:

„§ 941
Unterbrechung durch Vollstreckungshandlung

Die Ersitzung wird durch Vornahme oder Beantragung einer gerichtlichen oder behördlichen Vollstreckungshandlung unterbrochen. § 212 Abs. 2 und 3 gilt entsprechend.“

63. In § 943 wird das Wort „zustatten“ durch das Wort „zugute“ ersetzt.

64. In § 1002 Abs. 2 wird die Angabe „§§ 203, 206, 207“ durch die Angabe „§§ 206, 210, 211“ ersetzt.

65. Im dritten Buch wird der vierte Abschnitt aufgehoben; der fünfte bis neunte Abschnitt werden die Abschnitte 4 bis 8.

66. In § 1098 Abs. 1 Satz 1 wird die Angabe „§§ 504 bis 514“ durch die Angabe „§§ 463 bis 473“ ersetzt.

67. In § 1170 Abs. 1 Satz 1 werden die Wörter „§ 208 zur Unterbrechung der Verjährung“ durch die Wörter „§ 212 Abs. 1 Nr. 1 zum Neubeginn der Verjährung“ ersetzt.

68. In § 1317 Abs. 1 Satz 3 wird die Angabe „§§ 203, 206 Abs. 1 Satz 1“ durch die Angabe „§§ 206, 210 Abs. 1 Satz 1“ ersetzt.

69. In § 1600b Abs. 6 Satz 2 wird die Angabe „§§ 203, 206“ durch die Angabe „§§ 206, 210“ ersetzt.

70. § 1615l wird wie folgt geändert:

    a) Absatz 4 wird aufgehoben.

    b) Der bisherige Absatz 5 wird Absatz 4; in ihm wird Satz 2 wie folgt gefasst:

       „In diesem Fall gilt Absatz 3 entsprechend.“

71. Im zweiten Abschnitt des vierten Buches werden der siebente und neunte Titel die Titel 6 und 7.

72. In § 1762 Abs. 2 Satz 3 wird die Angabe „§§ 203, 206“ durch die Angabe „§§ 206, 210“ ersetzt.

73. Im ersten Titel des dritten Abschnitts des vierten Buches wird die Überschrift „VI. Familienrat“ gestrichen und die Überschrift „VII. Beendigung der Vormundschaft“ durch folgende Gliederungsüberschrift ersetzt:

„Untertitel 6

Beendigung der Vormundschaft“

74. In § 1903 Abs. 1 Satz 2 wird die Angabe „§ 206“ durch die Angabe „§ 210“ ersetzt.

75. In § 1944 Abs. 2 Satz 3 wird die Angabe „§§ 203, 206“ durch die Angabe „§§ 206, 210“ ersetzt.

76. In § 1954 Abs. 2 Satz 2 wird die Angabe „§§ 203, 206, 207“ durch die Angabe „§§ 206, 210, 211“ ersetzt.

77. In § 1997 wird die Angabe „des § 203 Abs. 1 und des § 206“ durch die Angabe „der §§ 206, 210“ ersetzt.

78. In § 2082 Abs. 2 Satz 2 wird die Angabe „§§ 203, 206, 207“ durch die Angabe „§§ 206, 210, 211“ ersetzt.

79. § 2171 wird wie folgt geändert:

    a) Der bisherige Wortlaut des Satzes 1 wird Absatz 1.

    b) Der bisherige Satz 2 wird aufgehoben.

    c) Es werden folgende Absätze angefügt:

       „(2) Die Unmöglichkeit der Leistung steht der Gültigkeit des Vermächtnisses nicht entgegen, wenn die Unmöglichkeit behoben werden kann und das Vermächtnis für den Fall zugewendet ist, dass die Leistung möglich wird.

       (3) Wird ein Vermächtnis, das auf eine unmögliche Leistung gerichtet ist, unter einer anderen aufschiebenden Bedingung oder unter Bestimmung eines Anfangstermins zugewendet, so ist das Vermächtnis gültig, wenn die Unmöglichkeit vor dem Eintritt der Bedingung oder des Termins behoben wird.“

80. § 2182 Abs. 1 wird wie folgt gefasst:

„(1) Ist eine nur der Gattung nach bestimmte Sache vermacht, so hat der Beschwerte die gleichen Verpflichtungen wie ein Verkäufer nach den Vorschriften des § 433 Abs. 1 Satz 1, der §§ 436, 452 und 453. Er hat die Sache dem Vermächtnisnehmer frei von Rechtsmängeln im Sinne des § 435 zu verschaffen. § 444 findet entsprechende Anwendung.“

81. In § 2183 Satz 2 wird das Wort „Fehler“ durch das Wort „Sachmangel“ ersetzt.

82. In § 2283 Abs. 2 Satz 2 wird die Angabe „§§ 203, 206“ durch die Angabe „§§ 206, 210“ ersetzt.

83. In § 2376 Abs. 2 wird das Wort „Fehler“ durch das Wort „Sachmängel“ ersetzt.

(2) Dem Bürgerlichen Gesetzbuch in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 400-2, veröffentlichten bereinigten Fassung, zuletzt geändert durch Absatz 1, wird die aus der Anlage zu dieser Vorschrift ersichtliche Inhaltsübersicht vorangestellt. Die Untergliederungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs erhalten die Bezeichnung und Fassung, die sich jeweils aus der Inhaltsübersicht in der Anlage zu dieser Vorschrift ergibt. Die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs erhalten die Überschriften, die sich jeweils aus der Inhaltsübersicht in der Anlage zu dieser Vorschrift ergeben.

Artikel 2

Änderung des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche

Das Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche in der Fassung der Bekanntmachung vom 21. September 1994 (BGBl. I S. 2494; 1997 I S. 1061), zuletzt geändert durch ... , wird wie folgt geändert:

1. Artikel 29a wird wie folgt geändert:

   a) In Absatz 3 werden die Wörter „Das Teilzeit-Wohnrechtegesetz ist“ durch die Wörter „Die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über Teilzeit-Wohnrechteverträge sind“ ersetzt.

b) In Absatz 4 wird am Ende der Punkt durch ein Komma ersetzt und folgende Nummer 4 angefügt:

„4. die Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter (ABl. EG Nr. L 171 S. 12)."

2. § 2 Abs. 3 des Artikels 229 wird aufgehoben.

3. Dem Artikel 229 werden folgende Vorschriften angefügt:

„§ 4
Allgemeine Überleitungsvorschrift
zum Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts
vom ... *(einsetzen: Tag der Ausfertigung des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts)*

(1) Auf Schuldverhältnisse, die vor dem 1. Januar 2002 entstanden sind, sind das Bürgerliche Gesetzbuch, das AGB-Gesetz, das Verbraucherkreditgesetz, das Fernabsatzgesetz, das Gesetz über den Widerruf von Haustürgeschäften und ähnlichen Geschäften, das Teilzeit-Wohnrechtegesetz und die Verordnung betreffend die Hauptmängel und Gewährfristen beim Viehhandel, soweit nicht ein anderes bestimmt ist, in der bis zu diesem Tag geltenden Fassung anzuwenden. Satz 1 gilt für Dauerschuldverhältnisse mit der Maßgabe, dass das Bürgerliche Gesetzbuch und die in Satz 1 bezeichneten weiteren Gesetze vom 1. Januar 2003 an in der dann geltenden Fassung anzuwenden ist.

(2) Für vor Inkrafttreten des AGB-Gesetzes (1. April 1977) abgeschlossene Verträge über die regelmäßige Lieferung von Waren, die regelmäßige Erbringung von Dienst- und Werkleistungen sowie die Gebrauchsüberlassung von Sachen gilt anstelle des AGB-Gesetzes nur dessen § 9, soweit diese Verträge noch nicht abgewickelt sind. Absatz 1 Satz 2 gilt entsprechend.

§ 5
Überleitungsvorschrift zum Verjährungsrecht nach dem Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom ... *(einsetzen: Tag der Ausfertigung des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts)*

(1) Die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über die Verjährung in der seit dem 1. Januar 2002 geltenden Fassung finden auf die an diesem Tag bestehenden und noch nicht verjährten Ansprüche Anwendung. Der Beginn, die Hemmung und der Neubeginn der Verjährung bestimmen sich jedoch für den Zeitraum vor dem 1. Januar 2002 nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch in der bis zu diesem Tag geltenden Fassung.

(2) Ist die Verjährungsfrist nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch in der seit diesem Tag geltenden Fassung länger als nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch in der bis zu diesem Tag geltenden Fassung, so ist die Verjährung mit dem Ablauf der im Bürgerlichen Gesetzbuch in der bis zu diesem Tag geltenden Fassung bestimmten Frist vollendet.

(3) Ist die Verjährungsfrist nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch in der seit diesem Tag geltenden Fassung kürzer als nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch in der bis zu diesem Tag geltenden Fassung, so wird die kürzere Frist von dem 1. Januar 2002 an berechnet. Läuft jedoch die im Bürgerlichen Gesetzbuch in der bis zu diesem Tag geltenden Fassung bestimmte längere Frist früher als die im Bürgerlichen Gesetzbuch in der seit diesem Tag geltenden Fassung bestimmte Frist ab, so ist die Verjährung mit dem Ablauf der im Bürgerlichen Gesetzbuch in der bis zu diesem Tag geltenden Fassung bestimmten Frist vollendet.

(4) Die vorstehenden Absätze sind entsprechend auf Fristen anzuwenden, die für die Geltendmachung, den Erwerb oder den Verlust eines Anspruchs oder Rechts maßgebend sind.

§ 6

Überleitungsvorschrift zu Zinsvorschriften
nach dem Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts
vom ... *(einsetzen: Tag der Ausfertigung des*
Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts)

(1) Soweit sie als Bezugsgröße für Zinsen und andere Leistungen in Rechtsvorschriften des Bundes, in nach diesem Gesetz vorbehaltenen Landesrecht und in Vollstreckungstiteln und Verträgen auf Grund solcher Vorschriften verwendet werden, treten mit Wirkung vom 1. Januar 2002

1. an die Stelle des Diskontsatzes der Deutschen Bundesbank der Basiszinssatz (§ 247 des Bürgerlichen Gesetzbuchs),

2. an die Stelle des Zinssatzes für Kassenkredite des Bundes der um 1,5 Prozentpunkte erhöhte Basiszinssatz,

3. an die Stelle des Lombardsatzes der Deutschen Bundesbank der Zinssatz der Spitzenrefinanzierungsfazilität der Europäischen Zentralbank (SRF-Zinssatz),

4. an die Stelle der „Frankfurt Interbank Offered Rate“-Sätze für die Beschaffung von Ein- bis Zwölfmonatsgeld von ersten Adressen auf dem deutschen Markt auf ihrer seit dem 2. Juli 1990 geltenden Grundlage (FIBOR-neu-Sätze) die „EURO Interbank Offered Rate“-Sätze für die Beschaffung von Ein- bis Zwölfmonatsgeld von ersten Adressen in den Teilnehmerstaaten der Europäischen Währungsunion (EURIBOR-Sätze) für die entsprechende Laufzeit,

5. an die Stelle der „Frankfurt Interbank Offered Rate“-Satz für die Beschaffung von Tagesgeld („Overnight“) von ersten Adressen auf dem deutschen Markt („FIBOR-Overnight“-Satz) der „EURO Overnight Index Average“-Satz für die Beschaffung von Tagesgeld („Overnight“) von ersten Adressen in den Teilnehmerstaaten der Europäischen Währungsunion (EONIA-Satz) und

6. bei Verwendung der „Frankfurt Interbank Offered Rate“-Sätze für die Geldbeschaffung von ersten Adressen auf dem deutschen Markt auf ihrer seit dem 12. August 1985 geltenden Grundlage (FIBOR-alt-Sätze)

a) an die Stelle des FIBOR-alt-Satzes für Dreimonatsgeld der EURIBOR-Satz für Dreimonatsgeld, multipliziert mit der Anzahl der Tage der jeweiligen Dreimonatsperiode und dividiert durch 90,

b) an die Stelle des FIBOR-alt-Satzes für Sechsmonatsgeld der EURIBOR-Satz für Sechsmonatsgeld, multipliziert mit der Anzahl der Tage der jeweiligen Sechsmonatsperiode und dividiert durch 180 und

c) wenn eine Anpassung der Bestimmungen über die Berechung unterjähriger Zinsen nach § 5 Satz 1 Nr. 3 des Gesetzes zur Umstellung von Schuldverschreibungen auf Euro vom 9. Juni 1998 (BGBl. I S. 1242, 1250) erfolgt, an die Stelle aller FIBOR-alt-Sätze die EURIBOR-Sätze für die entsprechende Laufzeit.

Satz 1 Nr. 3 bis 6 ist auf Zinsperioden nicht anzuwenden, die auf einen vor Ablauf des 31. Dezember 1998 festgestellten FIBOR-Satz Bezug nehmen; insoweit verbleibt es bei den zu Beginn der Zinsperiode vereinbarten FIBOR-Sätzen. Soweit Zinsen für einen Zeitraum vor dem 1. Januar 1999 geltend gemacht werden, bezeichnet eine Bezugnahme auf den Basiszinssatz den Diskontsatz der Deutschen Bundesbank in der in diesem Zeitraum maßgebenden Höhe. Die in den vorstehenden Sätzen geregelte Ersetzung von Zinssätzen begründet keinen Anspruch auf vorzeitige Kündigung, einseitige Aufhebung oder Abänderung von Verträgen und Abänderung von Vollstreckungstiteln. Das Recht der Parteien, den Vertrag einvernehmlich zu ändern, bleibt unberührt.

(2) Für die Zeit vor dem 1. Januar 2002 sind das Diskontsatz-Überleitungs-Gesetz vom 9. Juni 1998 (BGBl. I S. 1242) und die auf seiner Grundlage erlassenen Rechtsverordnungen in der bis zu diesem Tag geltenden Fassung anzuwenden.“

4. Folgender Teil wird angefügt:

„Siebter Teil
Durchführung des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Verordnungsermächtigungen

Artikel 238
Reiserechtliche Vorschriften

(1) Das Bundesministerium der Justiz wird ermächtigt, im Einvernehmen mit dem Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie durch Rechtsverordnung ohne Zustimmung des Bundesrates,

1. soweit es zum Schutz des Verbrauchers bei Reisen erforderlich ist, Vorschriften zu erlassen, durch die sichergestellt wird,

   a) dass die Beschreibungen von Reisen keine irreführenden, sondern klare und genaue Angaben enthalten und

   b) dass der Reiseveranstalter dem Verbraucher die notwendigen Informationen erteilt und

2. soweit es zum Schutz des Verbrauchers vor Zahlungen oder Reisen ohne die vorgeschriebene Sicherung erforderlich ist, den Inhalt und die Gestaltung der Sicherungsscheine nach § 651k Abs. 3 und der Nachweise nach § 651k Abs. 5 des Bürgerlichen Gesetzbuchs festzulegen und zu bestimmen, wie der Reisende über das Bestehen der Absicherung informiert wird.

Zu dem in Satz 1 Nr. 1 genannten Zweck kann insbesondere bestimmt werden, welche Angaben in einem vom Veranstalter herausgegebenen Prospekt und in dem Reisevertrag enthalten sein müssen sowie welche Informationen der Reiseveranstalter dem Reisenden vor dem Vertragsschluss und vor dem Antritt der Reise geben muss.

(2) Der Kundengeldabsicherer (§ 651k Abs. 2 des Bürgerliches Gesetzbuchs) ist verpflichtet, die Beendigung des Kundengeldabsicherungsvertrags der zuständigen Behörde unverzüglich mitzuteilen.

Artikel 239
Informationspflichten für Kreditinstitute

Das Bundesministerium der Justiz wird ermächtigt, durch Rechtsverordnung ohne Zustimmung des Bundesrates über § 675a Abs. 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs hinausgehende Angaben festzulegen, über die Unternehmen ihre Kunden zu unter-

richten haben, soweit dies zur Erfüllung der Pflichten aus der Richtlinie 97/5/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. Januar 1997 über grenzüberschreitende Überweisungen (ABl. EG Nr. L 43 S. 25) oder anderen Vorschriften des Gemeinschaftsrechts, die den Regelungsbereich des Absatzes 1 betreffen, erforderlich ist oder wird. Hierbei kann auch die Form der Bekanntgabe der Angaben festgelegt werden.

Artikel 240
Informationspflichten für Fernabsatzverträge

Das Bundesministerium der Justiz wird ermächtigt, im Einvernehmen mit dem Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie durch Rechtsverordnung ohne Zustimmung des Bundesrates unter Beachtung der vorgeschriebenen Angaben nach der Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz (ABl. EG Nr. L 144 S. 19) festzulegen:

1. über welche Einzelheiten des Vertrags, insbesondere zur Person des Unternehmers, zur angebotenen Leistung und zu den allgemeinen Geschäftsbedingungen, Verbraucher vor Abschluss eines Fernabsatzvertrags zu informieren sind,

2. welche Informationen nach Nr. 1 Verbrauchern zu welchem Zeitpunkt auf dauerhaftem Datenträger zur Verfügung zu stellen sind, und

3. welche weiteren Informationen, insbesondere zu Widerrufs- und Kündigungsrechten, zum Kundendienst und zu Garantiebedingungen, Verbrauchern nach Vertragsschluss auf dauerhaftem Datenträger zur Verfügung zu stellen und in welcher Weise sie hervorzuheben sind.

Artikel 241
Informationspflichten
für Verträge im elektronischen Geschäftsverkehr

Das Bundesministerium der Justiz wird ermächtigt, durch Rechtsverordnung ohne Zustimmung des Bundesrates unter Beachtung der vorgeschriebenen Angaben nach der Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni

2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt („Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr“, ABl. EG Nr. L 178 S. 1) festzulegen, welche Informationen dem Kunden über technische Einzelheiten des Vertragsschlusses im elektronischen Geschäftsverkehr, insbesondere zur Korrektur von Eingabefehlern, über den Zugang zu Vertragstext und Verhaltenskodizes sowie über die Vertragssprache vor Abgabe seiner Bestellung zu erteilen sind.

Artikel 242
Informations- und Prospektpflichten
bei Teilzeit-Wohnrechteverträgen

Das Bundesministerium der Justiz wird ermächtigt, durch Rechtsverordnung ohne Zustimmung des Bundesrates unter Beachtung der Richtlinie 94/47/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Oktober 1994 zum Schutz der Erwerber im Hinblick auf bestimmte Aspekte von Verträgen über den Erwerb von Teilzeitnutzungsrechten an Immobilien (ABl. EG Nr. L 280 S. 83) festzulegen,

1. welche Angaben dem Verbraucher bei Teilzeit-Wohnrechteverträgen gemacht werden müssen, damit er den Inhalt des Teilzeitwohnrechts und die Einzelheiten auch der Verwaltung des Gebäudes, in dem es begründet werden soll, erfassen kann,

2. welche Angaben dem Verbraucher in dem Prospekt über Teilzeit-Wohnrechteverträge zusätzlich gemacht werden müssen, um ihn über seine Rechtsstellung beim Abschluss solcher Verträge aufzuklären, und

3. welche Angaben in einen Teilzeit-Wohnrechtevertrag zusätzlich aufgenommen werden müssen, um eindeutig zu regeln, welchen Umfang das Recht hat, das der Verbraucher erwerben soll.

Artikel 243
Ver- und Entsorgungsbedingungen

Das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie kann im Einvernehmen mit dem Bundesministerium der Justiz durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates die Allgemeinen Bedingungen für die Versorgung mit Wasser und Fern-

wärme sowie die Entsorgung von Abwasser einschließlich von Rahmenregelungen über die Entgelte ausgewogen gestalten und hierbei unter angemessener Berücksichtigung der beiderseitigen Interessen

1. die Bestimmungen der Verträge einheitlich festsetzen,

2. Regelungen über den Vertragsschluss, den Gegenstand und die Beendigung der Verträge treffen, sowie

3. die Rechte und Pflichten der Vertragsparteien festlegen.

Satz 1 gilt entsprechend für Bedingungen öffentlich-rechtlich gestalteter Ver- und Entsorgungsverhältnisse mit Ausnahme der Regelung des Verwaltungsverfahrens.

Artikel 244
Abschlagszahlungen beim Hausbau

Das Bundesministerium der Justiz wird ermächtigt, im Einvernehmen mit dem Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie durch Rechtsverordnung ohne Zustimmung des Bundesrates auch unter Abweichung von § 632a des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu regeln, welche Abschlagszahlungen bei Werkverträgen verlangt werden können, die die Errichtung eines Hauses oder eines vergleichbaren Bauwerks zum Gegenstand haben, insbesondere wie viele Abschläge vereinbart werden können, welche erbrachten Gewerke hierbei mit welchen Prozentsätzen der Gesamtbausumme angesetzt werden können, welcher Abschlag für eine in dem Vertrag enthaltene Verpflichtung zur Verschaffung des Eigentums angesetzt werden kann und welche Sicherheit dem Besteller hierfür zu leisten ist.“

Artikel 3

„Gesetz über Unterlassungsklagen bei Verbraucherrechts- und anderen Verstößen (Unterlassungsklagengesetz – UKlaG)

Abschnitt 1
Ansprüche bei Verbraucherrechts- und anderen Verstößen

§ 1
Unterlassungs- und Widerrufsanspruch bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen

Wer in Allgemeinen Geschäftsbedingungen Bestimmungen, die nach den §§ 307 bis 309 des Bürgerlichen Gesetzbuchs unwirksam sind, verwendet oder für den rechtsgeschäftlichen Verkehr empfiehlt, kann auf Unterlassung und im Fall des Empfehlens auch auf Widerruf in Anspruch genommen werden.

§ 2
Unterlassungsanspruch bei verbraucherschutzgesetzwidrigen Praktiken

(1) Wer in anderer Weise als durch Verwendung oder Empfehlung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen Vorschriften zuwiderhandelt, die dem Schutz der Verbraucher dienen (Verbraucherschutzgesetze), kann im Interesse des Verbraucherschutzes auf Unterlassung in Anspruch genommen werden. Werden die Zuwiderhandlungen in einem geschäftlichen Betrieb von einem Angestellten oder einem Beauftragten begangen, so ist der Unterlassungsanspruch auch gegen den Inhaber des Betriebs begründet.

(2) Verbraucherschutzgesetze im Sinne dieser Vorschrift sind insbesondere

1. die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs, die für Verbrauchsgüterkäufe, Haustürgeschäfte, Fernabsatzverträge, Teilzeit-Wohnrechteverträge, Verbraucherdarlehensverträge und Reiseverträge gelten,

2. die Vorschriften zur Umsetzung der Artikel 5, 10 und 11 der Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt (ABl. EG Nr. L 178 S. 1),

3. das Fernunterrichtsschutzgesetz,

4. die Vorschriften des Bundes- und Landesrechts zur Umsetzung der Artikel 10 bis 21 der Richtlinie 89/552/EWG des Rates vom 3. Oktober 1989 zur Koordi-

nierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Ausübung der Fernsehtätigkeit (ABl. EG Nr. L 298 S. 23), geändert durch die Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates 97/36/EG (ABl. EG Nr. L 202 S. 60),

5. die entsprechenden Vorschriften des Arzneimittelgesetzes sowie Artikel 1 §§ 3 bis 13 des Gesetzes über die Werbung auf dem Gebiete des Heilwesens,

6. § 23 des Gesetzes über Kapitalanlagegesellschaften und die §§ 11 und 15h des Auslandinvestmentgesetzes.

(3) Der Anspruch auf Unterlassung kann nicht geltend gemacht werden, wenn die Geltendmachung unter Berücksichtigung der gesamten Umstände missbräuchlich ist, insbesondere wenn sie vorwiegend dazu dient, gegen den Zuwiderhandelnden einen Anspruch auf Ersatz von Aufwendungen oder Kosten der Rechtsverfolgung entstehen zu lassen.

§ 3
Anspruchsberechtigte Stellen

(1) Die in den §§ 1 und 2 bezeichneten Ansprüche auf Unterlassung und auf Widerruf stehen zu:

1. qualifizierten Einrichtungen, die nachweisen, dass sie in die Liste qualifizierter Einrichtungen nach § 4 oder in dem Verzeichnis der Kommission der Europäischen Gemeinschaften nach Artikel 4 der Richtlinie 98/27/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Mai 1998 über Unterlassungsklagen zum Schutz der Verbraucherinteressen (ABl. EG Nr. L 166 S. 51) in der jeweils geltenden Fassung eingetragen sind,

2. rechtsfähigen Verbänden zur Förderung gewerblicher Interessen, soweit ihnen eine erhebliche Zahl von Gewerbetreibenden angehört, die Waren oder gewerbliche Leistungen gleicher oder verwandter Art auf demselben Markt vertreiben, soweit sie insbesondere nach ihrer personellen, sachlichen und finanziellen Ausstattung imstande sind, ihre satzungsgemäßen Aufgaben der Verfolgung gewerblicher Interessen tatsächlich wahrzunehmen, und, bei Klagen nach § 2, soweit der Anspruch eine Hand-

lung betrifft, die geeignet ist, den Wettbewerb auf diesem Markt wesentlich zu beeinträchtigen, und

3. den Industrie- und Handelskammern oder den Handwerkskammern.

Der Anspruch kann nur an Stellen im Sinne des Satzes 1 abgetreten werden.

(2) Die in Absatz 1 Nr. 1 bezeichneten Einrichtungen können Ansprüche auf Unterlassung und auf Widerruf nach § 1 nicht geltend machen, wenn Allgemeine Geschäftsbedingungen gegenüber einem Unternehmer (§ 14 des Bürgerlichen Gesetzbuchs) verwendet oder wenn Allgemeine Geschäftsbedingungen zur ausschließlichen Verwendung zwischen Unternehmern empfohlen werden.

§ 4
Qualifizierte Einrichtungen

(1) Das Bundesverwaltungsamt führt eine Liste qualifizierter Einrichtungen. Diese Liste wird mit dem Stand zum 1. Januar eines jeden Jahres im Bundesanzeiger bekannt gemacht und der Kommission der Europäischen Gemeinschaften unter Hinweis auf Artikel 4 Abs. 2 der Richtlinie 98/27/EG zugeleitet.

(2) In die Liste werden auf Antrag rechtsfähige Verbände eingetragen, zu deren satzungsmäßigen Aufgaben es gehört, die Interessen der Verbraucher durch Aufklärung und Beratung wahrzunehmen, wenn sie in diesem Aufgabenbereich tätige Verbände oder mindestens 75 natürliche Personen als Mitglieder haben. Es wird unwiderleglich vermutet, dass Verbraucherzentralen und andere Verbraucherverbände, die mit öffentlichen Mitteln gefördert werden, diese Voraussetzungen erfüllen. Die Eintragung in die Liste erfolgt unter Angabe von Namen, Anschrift, Registergericht, Registernummer und satzungsmäßigem Zweck. Sie ist mit Wirkung für die Zukunft aufzuheben, wenn

1. der Verband dies beantragt oder

2. die Voraussetzungen für die Eintragung nicht vorlagen oder weggefallen sind.

(3) Entscheidungen über Eintragungen erfolgen durch einen Bescheid, der dem Antragsteller zuzustellen ist. Das Bundesverwaltungsamt erteilt den Verbänden auf Antrag eine Bescheinigung über ihre Eintragung in die Liste. Es bescheinigt auf Antrag Dritten, die daran ein recht-

liches Interesse haben, dass die Eintragung eines Verbands in die Liste aufgehoben worden ist.

(4) Ergeben sich in einem Rechtsstreit begründete Zweifel an dem Vorliegen der Voraussetzungen nach Absatz 2 bei einer eingetragenen Einrichtung, so kann das Gericht das Bundesverwaltungsamt zur Überprüfung der Eintragung auffordern und die Verhandlung bis zu dessen Entscheidung aussetzen.

(5) Das Bundesverwaltungsamt steht bei der Wahrnehmung der in dieser Vorschrift geregelten Aufgabe unter der Fachaufsicht des Bundesministeriums der Justiz.

Abschnitt 2
Verfahrensvorschriften

Unterabschnitt 1
Allgemeine Vorschriften

§ 5
Anwendung der Zivilprozessordnung und anderer Vorschriften

Auf das Verfahren sind die Vorschriften der Zivilprozessordnung und die §§ 23a, 23b und 25 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb anzuwenden, soweit sich aus diesem Gesetz nicht etwas anderes ergibt.

§ 6
Zuständigkeit

(1) Für Klagen nach diesem Gesetz ist das Landgericht ausschließlich zuständig, in dessen Bezirk der Beklagte seine gewerbliche Niederlassung oder in Ermangelung einer solchen seinen Wohnsitz hat. Hat der Beklagte im Inland weder eine gewerbliche Niederlassung noch einen Wohnsitz, so ist das Gericht des inländischen Aufenthaltsorts zuständig, in Ermangelung eines solchen das Gericht, in dessen Bezirk die nach den §§ 307 bis 309 des Bürgerlichen Gesetzbuchs unwirksamen Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen verwendet wurden oder gegen Verbraucherschutzgesetze verstoßen wurde.

(2) Die Landesregierungen werden ermächtigt, zur sachdienlichen Förderung oder schnelleren Erledigung der Verfahren durch Rechtsverordnung einem Landgericht für die Bezirke mehrerer Landgerichte Rechtsstreitigkeiten nach diesem Gesetz zuzuweisen. Die Landesregierungen können die Ermächtigung durch Rechtsverordnung auf die Landesjustizverwaltungen übertragen.

(3) Die Mehrkosten, die einer Partei dadurch erwachsen, dass sie sich durch einen nicht beim Prozessgericht zugelassenen Rechtsanwalt vertreten lässt, sind nicht zu erstatten.

§ 7
Veröffentlichungsbefugnis

Wird der Klage stattgegeben, so kann dem Kläger auf Antrag die Befugnis zugesprochen werden, die Urteilsformel mit der Bezeichnung des verurteilten Beklagten auf dessen Kosten im Bundesanzeiger, im Übrigen auf eigene Kosten bekannt zu machen. Das Gericht kann die Befugnis zeitlich begrenzen.

Unterabschnitt 2
Besondere Vorschriften
für Klagen nach § 1

§ 8
Klageantrag und Anhörung

(1) Der Klageantrag muss bei Klagen nach § 1 auch enthalten:

1. den Wortlaut der beanstandeten Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen;

2. die Bezeichnung der Art der Rechtsgeschäfte, für die die Bestimmungen beanstandet werden.

(2) Das Gericht hat vor der Entscheidung über eine Klage nach § 1 zu hören

1. die zuständige Aufsichtsbehörde für das Versicherungswesen, wenn Gegenstand der Klage Bestimmungen in Allgemeinen Versicherungsbedingungen sind, oder

2. das Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen, wenn Gegenstand der Klage Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind, die das Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen nach Maßgabe des Gesetzes über Bausparkassen, des Gesetzes über Kapitalanlagegesellschaften, des Hypothekenbankgesetzes oder des Gesetzes über Schiffspfandbriefbanken zu genehmigen hat.

§ 9
Besonderheiten der Urteilsformel

Erachtet das Gericht die Klage nach § 1 für begründet, so enthält die Urteilsformel auch:

1. die beanstandeten Bestimmungen der Allgemeinen Geschäftsbedingungen im Wortlaut;

2. die Bezeichnung der Art der Rechtsgeschäfte, für welche die den Unterlassungsanspruch begründenden Bestimmungen der Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht verwendet werden dürfen;

3. das Gebot, die Verwendung inhaltsgleicher Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu unterlassen;

4. für den Fall der Verurteilung zum Widerruf das Gebot, das Urteil in gleicher Weise bekannt zu geben, wie die Empfehlung verbreitet wurde.

§ 10
Einwendung wegen abweichender Entscheidung

Der Verwender, dem die Verwendung einer Bestimmung untersagt worden ist, kann im Wege der Klage nach § 767 der Zivilprozessordnung einwenden, dass nachträglich eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs oder des Gemeinsamen Senats der Obersten Gerichtshöfe des Bundes ergangen ist, welche die Verwendung dieser Bestimmung für dieselbe Art von Rechtsgeschäften nicht untersagt, und dass die Zwangsvollstreckung aus dem Urteil gegen ihn in unzumutbarer Weise seinen Geschäftsbetrieb beeinträchtigen würde.

§ 11
Wirkungen des Urteils

Handelt der verurteilte Verwender dem Unterlassungsgebot nach § 1 zuwider, so ist die Bestimmung in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen als unwirksam anzusehen, soweit sich der betroffene Vertragsteil auf die Wirkung des Unterlassungsurteils beruft. Er kann sich jedoch auf die Wirkung des Unterlassungsurteils nicht berufen, wenn der verurteilte Verwender gegen das Urteil die Klage nach § 10 erheben könnte.

Unterabschnitt 3
Besondere Vorschriften
für Klagen nach § 2

§ 12
Einigungsstelle

Für Klagen nach § 2 gelten § 27a des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb und die darin enthaltene Verordnungsermächtigung entsprechend.

Abschnitt 3
Behandlung von Kundenbeschwerden

§ 13
Kundenbeschwerden

(1) Bei Streitigkeiten aus der Anwendung der §§ 675a bis 676g und 676h Satz 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs können die Beteiligten unbeschadet ihres Rechts, die Gerichte anzurufen, eine Schlichtungsstelle anrufen, die bei der Deutschen Bundesbank einzurichten ist. Die Deutsche Bundesbank kann mehrere Schlichtungsstellen einrichten. Sie bestimmt, bei welcher ihrer Dienststellen die Schlichtungsstellen eingerichtet werden.

(2) Das Bundesministerium der Justiz regelt durch Rechtsverordnung die näheren Einzelheiten des Verfahrens der nach Absatz 1 einzurichtenden Stellen nach folgenden Grundsätzen:

1. Durch die Unabhängigkeit der Einrichtung muss unparteiisches Handeln sichergestellt sein.

2. Die Verfahrensregeln müssen für Interessierte zugänglich sein.

3. Die Beteiligten müssen Tatsachen und Bewertungen vorbringen können, und sie müssen rechtliches Gehör erhalten.

4. Das Verfahren muss auf die Verwirklichung des Rechts ausgerichtet sein.

Die Rechtsverordnung regelt in Anlehnung an § 51 des Gesetzes über das Kreditwesen auch die Pflicht der Kreditinstitute, sich an den Kosten des Verfahrens zu beteiligen.

(3) Das Bundesministerium der Justiz wird ermächtigt, im Einvernehmen mit den Bundesministerien der Finanzen und für Wirtschaft und Technologie durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates die Streitschlichtungsaufgabe nach Absatz 1 auf eine oder mehrere geeignete private Stellen zu übertragen, wenn die Aufgabe dort zweckmäßiger erledigt werden kann.

§ 14
Überleitungsvorschrift

(1) Soweit am 1. Januar 2002 Verfahren nach dem AGB-Gesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 29. Juni 2000 (BGBl. I S. 946) anhängig sind, werden diese nach den Vorschriften dieses Gesetzes abgeschlossen.

(2) Das beim Bundeskartellamt geführte Entscheidungsregister nach § 20 des AGB-Gesetzes steht bis zum Ablauf des 31. Dezember 2004 unter den bis zum Ablauf des 31. Dezember 2001 geltenden Voraussetzungen zur Einsicht offen. Die in dem Register eingetragenen Entscheidungen werden 20 Jahre nach ihrer Eintragung in das Register, spätestens mit dem Ablauf des 31. Dezember 2004 gelöscht.

(3) Schlichtungsstellen im Sinne von § 13 Abs. 1 sind auch die auf Grund des bisherigen § 29 Abs. 1 des AGB-Gesetzes eingerichteten Stellen.“

Artikel 4

Änderung der Verordnung
über Informationspflichten von Reiseveranstaltern

Die Verordnung über Informationspflichten von Reiseveranstaltern vom 14. November 1994 (BGBl. I S. 3436), geändert durch..., wird wie folgt geändert:

1. Die Überschrift wird wie folgt gefasst:

„Verordnung
über Informationspflichten
nach Bürgerlichem Recht“

2. Dem § 1 werden folgende Abschnitte vorangestellt:

„**Abschnitt 1**
Informationspflichten bei
Verbraucherverträgen

§ 1
Informationspflichten bei
Fernabsatzverträgen

(1) Der Unternehmer muss den Verbraucher vor Abschluss eines Fernabsatzvertrags informieren über:

1. seine Identität**,**

2. seine Anschrift,

3. wesentliche Merkmale der Ware oder Dienstleistung,

4. die Mindestlaufzeit des Vertrags, wenn dieser eine dauernde oder regelmäßig wiederkehrende Leistung zum Inhalt hat,

5. einen Vorbehalt, eine in Qualität und Preis gleichwertige Leistung (Ware oder Dienstleistung) zu erbringen, und einen Vorbehalt, die versprochene Leistung im Falle ihrer Nichtverfügbarkeit nicht zu erbringen,

6. den Preis der Ware oder Dienstleistung einschließlich aller Steuern und sonstiger Preisbestandteile,

7. gegebenenfalls zusätzlich anfallende Liefer- und Versandkosten,

8. Einzelheiten hinsichtlich der Zahlung und der Lieferung oder Erfüllung,

9. das Bestehen eines Widerrufs- oder Rückgaberechts,

10. Kosten, die dem Verbraucher durch die Nutzung der Fernkommunikationsmittel entstehen, sofern sie über die üblichen Grundtarife, mit denen der Verbraucher rechnen muss, hinausgehen, und

11. die Gültigkeitsdauer befristeter Angebote, insbesondere hinsichtlich des Preises.

(2) Der Unternehmer hat dem Verbraucher die in Absatz 1 Nr. 1 bis 9 bestimmten Informationen auf dauerhaftem Datenträger zur Verfügung zu stellen.

(3) Der Unternehmer hat dem Verbraucher ferner folgende weitere Informationen auf dauerhaftem Datenträger und in einer hervorgehobenen und deutlich gestalteten Form zur Verfügung zu stellen:

1. Informationen über die Bedingungen, Einzelheiten der Ausübung und Rechtsfolgen des Widerrufs- oder Rückgaberechts sowie über den Ausschluss des Widerrufsrechts,

2. die Anschrift der Niederlassung des Unternehmers, bei der der Verbraucher Beanstandungen vorbringen kann, sowie eine ladungsfähige Anschrift des Unternehmers und bei juristischen Personen, Personenvereinigungen oder -gruppen auch den Namen eines Vertretungsberechtigten,

3. Informationen über Kundendienst und geltende Gewährleistungs- und Garantiebedingungen, und

4. die Kündigungsbedingungen bei Verträgen, die ein Dauerschuldverhältnis betreffen und für eine längere Zeit als ein Jahr oder für unbestimmte Zeit geschlossen werden.

§ 2
Informationspflichten bei und
Vertragsinhalt von Teilzeit-Wohnrechteverträgen

(1) Außer den in § 482 Abs. 2 des Bürgerlichen Gesetzbuchs bezeichneten Angaben müssen ein Prospekt nach § 482 Abs. 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs und der Teilzeit-Wohnrechtevertrag folgende Angaben enthalten:

1. Namen und Wohnsitz des Unternehmers des Nutzungsrechts und des Eigentümers des Wohngebäudes oder der Wohngebäude, bei Gesellschaften, Vereinen und juristischen Personen Firma, Sitz und Name des gesetzlichen Vertreters, sowie rechtliche Stellung des Unternehmers in Bezug auf das oder die Wohngebäude;

2. die genaue Beschreibung des Nutzungsrechts nebst Hinweis auf die erfüllten oder noch zu erfüllenden Voraussetzungen, die nach dem Recht des Staates, in dem das Wohngebäude belegen ist, für die Ausübung des Nutzungsrechts gegeben sein müssen;

3. dass der Verbraucher kein Eigentum und kein dingliches Wohn-/Nutzungsrecht erwirbt, sofern dies tatsächlich nicht der Fall ist;

4. eine genaue Beschreibung des Wohngebäudes und seiner Belegenheit, sofern sich das Nutzungsrecht auf ein bestimmtes Wohngebäude bezieht;

5. bei einem in Planung oder im Bau befindlichen Wohngebäude, sofern sich das Nutzungsrecht auf ein bestimmtes Wohngebäude bezieht,

a) Stand der Bauarbeiten und der Arbeiten an den gemeinsamen Versorgungseinrichtungen wie zum Beispiel Gas-, Elektrizitäts-, Wasser- und Telefonanschluss;

b) eine angemessene Schätzung des Termins für die Fertigstellung;

c) Namen und Anschrift der zuständigen Baugenehmigungsbehörde und Aktenzeichen der Baugenehmigung; soweit nach Landesrecht eine Baugenehmigung nicht erforderlich ist, ist der Tag anzugeben, an dem nach landesrechtlichen Vorschriften mit dem Bau begonnen werden darf;

d) ob und welche Sicherheiten für die Fertigstellung des Wohngebäudes und für die Rückzahlung vom Verbraucher geleisteter Zahlungen im Falle der Nichtfertigstellung bestehen;

6. Versorgungseinrichtungen wie zum Beispiel Gas-, Elektrizitäts-, Wasser- und Telefonanschluss und Dienstleistungen wie zum Beispiel Instandhaltung und Müllabfuhr, die dem Verbraucher zur Verfügung stehen oder stehen werden, und ihre Nutzungsbedingungen;

7. gemeinsame Einrichtungen wie Schwimmbad oder Sauna, zu denen der Verbraucher Zugang hat oder erhalten soll, und gegebenenfalls ihre Nutzungsbedingungen;

8. die Grundsätze, nach denen Instandhaltung, Instandsetzung, Verwaltung und Betriebsführung des Wohngebäudes oder der Wohngebäude erfolgen;

9. den Preis, der für das Nutzungsrecht zu entrichten ist; die Berechnungsgrundlagen und den geschätzten Betrag der laufenden Kosten, die vom Verbraucher für die in den Nummern 6 und 7 genannten Einrichtungen und Dienstleistungen sowie für die Nutzung des jeweiligen Wohngebäudes, insbesondere für Steuern und Abgaben, Verwaltungsaufwand, Instandhaltung, Instandsetzung und Rücklagen zu entrichten sind; und

10. ob der Verbraucher an einer Regelung für den Umtausch und/oder die Weiterveräußerung des Nutzungsrechts in seiner Gesamtheit oder für einen be-

stimmten Zeitraum teilnehmen kann und welche Kosten hierfür anfallen, falls der Unternehmer oder ein Dritter einen Umtausch und/oder die Weiterveräußerung vermitteln.

(2) Der Prospekt muss außerdem folgende Angaben enthalten:

1. einen Hinweis auf das Recht des Verbrauchers zum Widerruf gemäß §§ 485, 355 des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Namen und Anschrift desjenigen, gegenüber dem der Widerruf zu erfolgen hat, einen Hinweis auf die Widerrufsfrist und die schriftliche Form der Widerrufserklärung sowie darauf, dass die Widerrufsfrist durch rechtzeitige Absendung der Widerrufserklärung gewahrt wird. Gegebenenfalls muss der Prospekt auch die Kosten angeben, die der Verbraucher im Falle des Widerrufs in Übereinstimmung mit § 485 Abs. 5 Satz 2 zu erstatten hat;

2. einen Hinweis, wie weitere Informationen zu erhalten sind.

(3) Der Teilzeit-Wohnrechtevertrag muss zusätzlich zu den in Absatz 1 bezeichneten Angaben ferner angeben:

1. Namen und Wohnsitz des Verbrauchers;

2. die genaue Bezeichnung des Zeitraums des Jahres, innerhalb dessen das Nutzungsrecht jeweils ausgeübt werden kann, die Geltungsdauer des Nutzungsrechts nach Jahren und die weiteren für die Ausübung des Nutzungsrechts erforderlichen Einzelheiten;

3. die Erklärung, dass der Erwerb und die Ausübung des Nutzungsrechts mit keinen anderen als den im Vertrag angegebenen Kosten, Lasten oder Verpflichtungen verbunden ist;

4. Zeitpunkt und Ort der Unterzeichnung des Vertrags durch jede Vertragspartei.

Abschnitt 2
Informationspflichten bei
Verträgen im elektronischen Geschäftsverkehr

§ 3
Kundeninformationspflichten des Unternehmers
bei Verträgen im elektronischen Geschäftsverkehr

Bei Verträgen im elektronischen Geschäftsverkehr gemäß § 312e Abs. 1 Satz 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs muss der Unternehmer den Kunden informieren

1. über die einzelnen technischen Schritte, die zu einem Vertragsschluss führen,

2. darüber, ob der Vertragstext nach dem Vertragsschluss von dem Unternehmer gespeichert wird und ob er dem Kunden zugänglich ist,

3. darüber, wie er mit den gemäß § 312e Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs zur Verfügung gestellten technischen Mitteln Eingabefehler vor Abgabe der Bestellung erkennen und berichtigen kann,

4. über die für den Vertragsschluss zur Verfügung stehenden Sprachen und

5. über sämtliche einschlägigen Verhaltenskodizes, denen sich der Unternehmer unterwirft, sowie die Möglichkeit eines elektronischen Zugangs zu diesen Regelwerken.“

3. Nach dem neuen § 3 wird folgende Gliederungsüberschrift eingefügt:

„Abschnitt 3
Informationspflichten von Reiseveranstaltern“

4. Die bisherigen §§ 1 bis 3 und die §§ 4 und 5 werden die §§ 4 bis 8.

5. Nach dem neuen § 8 wird folgender Abschnitt eingefügt:

„Abschnitt 4
Informationspflichten von
Kreditinstituten

§ 9
Kundeninformationspflichten von Kreditinstituten

(1) Kreditinstitute haben ihren tatsächlichen und möglichen Kunden die Informationen über die Konditionen für Überweisungen schriftlich, gegebenenfalls auch auf elektronischem Weg, in leicht verständlicher Form zur Verfügung zu stellen. Diese Informationen müssen mindestens folgendes umfassen:

A. vor Ausführung einer Überweisung

1. Beginn und Länge der Zeitspanne, die erforderlich ist, bis bei der Ausführung eines mit dem Kreditinstitut geschlossenen Überweisungsvertrags der Überweisungsbetrag dem Konto des Kreditinstituts des Begünstigten gutgeschrieben wird;

2. die Zeitspanne, die bei Eingang einer Überweisung erforderlich ist, bis der dem Konto des Kreditinstituts gutgeschriebene Betrag dem Konto des Begünstigten gutgeschrieben wird;

3. die Berechnungsweise und die Sätze aller vom Kunden an das Kreditinstitut zu zahlenden Entgelte und Auslagen;

4. gegebenenfalls das von dem Kreditinstitut zugrunde gelegte Wertstellungsdatum;

5. die den Kunden zur Verfügung stehenden Beschwerde- und Abhilfeverfahren sowie die Einzelheiten ihrer Inanspruchnahme;

6. die bei der Umrechnung angewandten Referenzkurse;

B. nach Ausführung der Überweisung

1. eine Bezugsangabe, anhand deren der Überweisende die Überweisung bestimmen kann;

2. den Überweisungsbetrag,

3. den Betrag sämtlicher vom Überweisenden zu zahlenden Entgelte und Auslagen;

4. gegebenenfalls das von dem Kreditinstitut zugrunde gelegte Wertstellungsdatum.

(2) Hat der Überweisende mit dem überweisenden Kreditinstitut vereinbart, dass die Kosten für die Überweisung ganz oder teilweise vom Begünstigten zu tragen sind, so ist dieser von seinem Kreditinstitut hiervon in Kenntnis zu setzen.

(3) Ist eine Umrechnung in eine andere Währung erfolgt, so unterrichtet das Kreditinstitut, das diese Umrechnung vorgenommen hat, seinen Kunden über den von ihm angewandten Wechselkurs.

§ 10
Betroffene Überweisungen

Die Informationspflichten nach § 9 gelten nur, soweit die §§ 675a bis 676g des Bürgerlichen Gesetzbuchs auf Überweisungen Anwendung finden.“

6. Der bisherige § 6 wird § 11; ihm wird folgende Gliederungsüberschrift vorangestellt:

„Abschnitt 5
Schlussvorschriften“

Artikel 5

Änderung anderer Vorschriften

(1) § 23 Nr. 2 Buchstabe c des Gerichtsverfassungsgesetzes in der Fassung der Bekanntmachung vom 9. Mai 1975 (BGBl. I S. 1077), das zuletzt durch ... geändert worden ist, wird gestrichen.

(2) Artikel 1 § 3 Nummer 8 des Rechtsberatungsgesetzes in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 303-12, veröffentlichten bereinigten Fassung, das zuletzt durch ... geändert worden ist, wird wie folgt gefasst:

„8. Die außergerichtliche Besorgung von Rechtsangelegenheiten von Verbrauchern und die gerichtliche Einziehung fremder und zu Einziehungszwecken abgetretener Forderungen von Verbrauchern durch Verbraucherzentralen und andere Verbraucherverbände, die mit öffentlichen Mitteln gefördert werden, im Rahmen ihres Aufgabenbereichs.“

(3) Die Zivilprozessordnung in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 310.4, veröffentlichten bereinigten Fassung, zuletzt geändert durch ..., wird wie folgt geändert:

1. Nach § 29b wird folgender § 29c eingefügt:

„§ 29c
Besonderer Gerichtsstand
für Haustürgeschäfte

(1) Für Klagen aus Haustürgeschäften (§ 312 des Bürgerlichen Gesetzbuchs) ist das Gericht zuständig, in dessen Bezirk der Verbraucher zur Zeit der Klageerhebung seinen Wohnsitz, in Ermangelung eines solchen seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Für Klagen gegen den Verbraucher ist dieses Gericht ausschließlich zuständig.

(2) § 33 Abs. 2 findet auf Widerklagen der anderen Vertragspartei keine Anwendung.

(3) Eine von Absatz 1 abweichende Vereinbarung ist zulässig für den Fall, dass der Verbraucher nach Vertragsschluss seinen Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt aus dem Geltungsbereich dieses Gesetzes verlegt oder sein Wohnsitz oder gewöhnlicher Aufenthalt im Zeitpunkt der Klageerhebung nicht bekannt ist.“

2. In § 207 Abs. 1 werden die Wörter „und der Lauf der Verjährung oder einer Frist unterbrochen wird“ durch die Wörter „oder unterbrochen wird oder die Verjährung neu beginnt oder nach § 204 des Bürgerlichen Gesetzbuchs gehemmt wird“ ersetzt.

3. In § 270 Abs. 3, § 691 Abs. 2 und § 693 Abs. 2 werden jeweils die Wörter „oder die Verjährung unterbrochen“ durch die Wörter „werden oder die Verjährung neu beginnen oder nach § 204 des Bürgerlichen Gesetzbuchs gehemmt“ ersetzt.

4. § 688 Abs. 2 Nr. 1 wird wie folgt gefasst:

„1. für Ansprüche des Darlehensgebers, wenn der nach den §§ 492, 502 des Bürgerlichen Gesetzbuchs anzugebende effektive oder anfängliche effektive Jahreszins den bei Vertragsschluss geltenden Basiszinssatz zuzüglich zwölf vom Hundert übersteigt;“

5. § 690 Abs. 1 Nr. 3 wird wie folgt gefasst:

„3. die Bezeichnung des Anspruchs unter bestimmter Angabe der verlangten Leistung; Haupt- und Nebenforderungen sind gesondert und einzeln zu bezeichnen, Ansprüche aus Verträgen, für die die §§ 491 bis 504 des Bürgerlichen Gesetzbuchs gelten, auch unter Angabe des Datums des Vertragsschlusses und des nach den §§ 492, 502 des Bürgerlichen Gesetzbuchs anzugebenden effektiven oder anfänglichen effektiven Jahreszinses;“

(4) § 2 der Verordnung zur Einführung von Vordrucken für das Mahnverfahren vom 6. Mai 1977 (BGBl. I S. 693), die zuletzt durch ... geändert worden ist, wird wie folgt gefasst:

„§ 2
Angaben
bei Verbraucherdarlehen und -finanzierungshilfen

Macht ein Darlehensgeber oder im Fall der Abtretung der Zessionar Forderungen aus einem Vertrag geltend, für den die §§ 491 bis 504 des Bürgerlichen Gesetzbuchs gelten, so hat der Darlehensgeber oder der Zessionar in dem für die Anspruchsbezeichnung vorgesehenen Feld des in Anlage 1 bestimmten Vordrucks zusätzlich folgende Angaben zu machen (§ 690 Abs. 1 Nr. 3 der Zivilprozessordnung):

„Anspruch aus Vertrag vom ..., für den die §§ 491 bis 504 des Bürgerlichen Gesetzbuchs gelten. Effektiver/Anfänglicher effektiver Jahreszins...%“.

In den Fällen des § 493 des Bürgerlichen Gesetzbuchs genügt die Angabe:

„Anspruch aus Vertrag, für den die §§ 491 bis 504 des Bürgerlichen Gesetzbuchs gelten“.“

(5) In § 6 Abs. 1 Satz 1 des Grundbuchbereinigungsgesetzes vom 20. Dezember 1993 (BGBl. I S. 2182), das zuletzt durch ... geändert worden ist, werden die Wörter „in einer nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch zur Unterbrechung der Verjährung geeigneten Weise anerkannt“ durch die Wörter „in einer nach § 212 Abs. 1 Nr. 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs für den Neubeginn der Verjährung geeigneten Weise anerkannt“ ersetzt.

(6) Das Gerichtskostengesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 15. Dezember 1975 (BGBl. I S. 3047), zuletzt geändert durch ..., wird wie folgt geändert:

1. § 10 wird wie folgt geändert:

   a) Absatz 2 wird wie folgt geändert:

      aa) In Satz 1 werden die Wörter „der Anspruch entstanden“ durch die Wörter „die Zahlung erfolgt“ ersetzt.

      bb) Folgender Satz wird angefügt:

      „Durch die Einlegung der Erinnerung oder Beschwerde mit dem Ziel der Rückerstattung wird die Verjährung wie durch Klageerhebung gehemmt.“

   b) Absatz 3 wird wie folgt geändert:

      aa) Satz 2 wird wie folgt gefasst:

      „Die Verjährung der Ansprüche auf Zahlung von Kosten beginnt auch durch die Aufforderung zur Zahlung oder durch eine dem Schuldner mitgeteilte Stundung erneut.“

      bb) Satz 4 wird wie folgt gefasst:

      „Bei Kostenbeträgen unter 25 Euro beginnt die Verjährung weder erneut noch wird sie gehemmt.“

2. In § 12 Abs. 1 Satz 2 werden die Wörter „Gesetzes zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen“ durch das Wort „Unterlassungsklagengesetzes“ ersetzt.

(7) Die Kostenordnung in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 361-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, zuletzt geändert durch ..., wird wie folgt geändert:

1. § 17 wird wie folgt geändert:

   a) Absatz 2 wird wie folgt geändert:

      aa) In Satz 1 werden die Wörter „der Anspruch entstanden“ durch die Wörter „die Zahlung erfolgt“ ersetzt.

      bb) Folgender Satz wird angefügt:

      „Durch die Einlegung der Erinnerung oder Beschwerde mit dem Ziel der Rückerstattung wird die Verjährung wie durch Klageerhebung gehemmt.“

   b) Absatz 3 wird wie folgt geändert:

      aa) Satz 2 wird wie folgt gefasst:

      „Die Verjährung der Ansprüche auf Zahlung von Kosten beginnt auch durch die Aufforderung zur Zahlung oder durch eine dem Schuldner mitgeteilte Stundung erneut; ist der Aufenthalt des Kostenschuldners unbekannt, so genügt die Zustellung durch Aufgabe zur Post unter seiner letzten bekannten Anschrift.“

      bb) Satz 3 wird wie folgt gefasst:

      „Bei Kostenbeträgen unter 25 Euro beginnt die Verjährung weder erneut noch wird sie gehemmt.“

2. In § 143 Abs. 1 wird die Angabe „§ 17 Abs. 1, 2, 3 Satz 1 (Verjährung)“ gestrichen.

(8) § 8 des Gesetzes über Kosten der Gerichtsvollzieher vom ... *(Einsetzen: Tag der Ausfertigung des Gesetzes zur Neuordnung des Gerichtsvollzieherkostenrechts)*, das zuletzt durch ... geändert worden ist, wird wie folgt geändert:

1. Absatz 2 wird wie folgt geändert:

   a) In Satz 1 werden die Wörter „der Anspruch entstanden“ durch die Wörter „die Zahlung erfolgt“ ersetzt.

   b) Folgender Satz wird angefügt:

   „Durch die Einlegung der Erinnerung oder Beschwerde mit dem Ziel der Rückerstattung wird die Verjährung wie durch Klageerhebung gehemmt.“

2. Absatz 3 wird wie folgt geändert:

   a) Satz 2 wird wie folgt gefasst:

   „Die Verjährung der Ansprüche auf Zahlung von Kosten beginnt auch durch die Aufforderung zur Zahlung oder durch eine dem Kostenschuldner mitgeteilte Stundung erneut.“

   b) In Satz 4 werden die Wörter „wird die Verjährung nicht unterbrochen“ durch die Wörter „beginnt die Verjährung weder erneut noch wird sie gehemmt“ ersetzt.

(9) § 15 Abs. 4 und 5 des Gesetzes über die Entschädigung von Zeugen und Sachverständigen in der Fassung der Bekanntmachung vom 1. Oktober 1969 (BGBl. I S. 1756), das zuletzt durch ... geändert worden ist, wird durch folgende Absätze ersetzt:

„(4) Auf die Verjährung sind die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs anzuwenden. Die Verjährung wird nicht von Amts wegen berücksichtigt.

(5) Die Verjährung der Entschädigungsansprüche beginnt mit dem Ablauf des Kalenderjahrs, in dem der Anspruch erstmalig geltend gemacht werden kann. Durch den Antrag auf richterliche Festsetzung (§ 16 Abs. 1) wird die Verjährung wie durch Klageerhebung gehemmt.

(6) Für die Verjährung der Ansprüche auf Erstattung zuviel gezahlter Entschädigung gilt § 10 Abs. 2 Satz 1, Abs. 3 Satz 2 bis 4 des Gerichtskostengesetzes entsprechend.“

(10) § 19 Abs. 7 der Bundesgebührenordnung für Rechtsanwälte in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 368-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, die zuletzt durch ... geändert worden ist, wird wie folgt gefasst:

„(7) Durch den Antrag auf Festsetzung der Vergütung wird die Verjährung wie durch Klageerhebung gehemmt.“

(11) In § 57 Abs. 6 S. 3 des Gesetzes zur Anpassung schuldrechtlicher Nutzungsverhältnisse an Grundstücken im Beitrittsgebiet (Schuldrechtsanpassungsgesetz – SchuldRAnpG) vom 21. September 1994 (BGBl. I S. 2538), das zuletzt durch ... geändert worden ist, wird die Angabe „§§ 504 bis 514“ ersetzt durch die Angabe „§§ 463 bis 473“.

(12) In § 66 Abs. 1 Satz 1 des Gesetzes über Rechte an eingetragenen Schiffen und Schiffsbauwerken in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 403-4 veröffentlichten bereinigten Fassung, das zuletzt durch ... geändert worden ist, werden die Wörter „in einer nach § 208 des Bürgerlichen Gesetzbuchs zur Unterbrechung der Verjährung geeigneten Weise anerkannt“ durch die Wörter „in einer nach § 212 Abs. 1 Nr. 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs für den Neubeginn der Verjährung geeigneten Weise anerkannt“ ersetzt.

(13) In § 66 Abs. 1 Satz 1 des Gesetzes über Rechte an Luftfahrzeugen in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 403-9, veröffentlichten bereinigten Fassung, das zuletzt durch ... geändert worden ist, werden die Wörter „in einer nach § 208 des Bürgerlichen Gesetzbuchs zur Unterbrechung der Verjährung geeigneten Weise anerkannt“ durch die Wörter „in einer nach § 212 Abs. 1 Nr. 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs für den Neubeginn der Verjährung geeigneten Weise anerkannt“ ersetzt.

(14) Das Gesetz zur Sachenrechtsbereinigung im Beitrittsgebiet vom 21. September 1994 (BGBl. I S. 2457), zuletzt geändert durch ..., wird wie folgt geändert:

1. § 72 Abs. 1 Satz 2 wird wie folgt gefasst:

„Die in § 437 des Bürgerlichen Gesetzbuchs bezeichneten Ansprüche sind ausgeschlossen, es sei denn, dass eine Gewährleistung wegen abweichender Grundstücksgröße im Vertrag ausdrücklich vereinbart wird.“

2. § 82 Abs. 3 Satz 3 Halbsatz 2 wird wie folgt gefasst:

„;die Verjährung der Ansprüche wird durch die Einleitung des erforderlichen notariellen Vermittlungsverfahrens wie durch Klageerhebung gehemmt.“

3. In § 84 Abs. 2 Satz 1 werden die Wörter „nach § 326 Abs. 1 Satz 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs“ durch die Wörter „zur Erfüllung“ ersetzt.

4. In § 121 Abs. 6 Satz 1 werden die Wörter „§ 323 Abs. 3 und“ gestrichen.

(15) In § 20 Abs. 8 des Vermögensgesetzes in der Fassung der Bekanntmachung vom 4. August 1997 (BGBl. I S. 1974), das zuletzt durch ... geändert worden ist, wird die Angabe „§§ 504 bis 513“ durch die Angabe „§§ 463 bis 472“ ersetzt.

(16) Das Handelsgesetzbuch in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 4100-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, zuletzt geändert durch ..., wird wie folgt geändert:

1. § 26 Abs. 1 und § 160 Abs. 1 werden wie folgt geändert:

   a) In Satz 1 werden jeweils die Wörter „gerichtlich geltend gemacht sind; bei öffentlich-rechtlichen Verbindlichkeiten genügt zur Geltendmachung der Erlass eines Verwaltungsakts“ durch die Wörter „in einer in § 197 Abs. 1 Nr. 3 bis 5 des Bürgerlichen Gesetzbuchs bezeichneten Art festgestellt sind oder eine gerichtliche oder behördliche Vollstreckungshandlung vorgenommen oder beantragt wird; bei öffentlich-rechtlichen Verbindlichkeiten genügt der Erlass eines Verwaltungsakts“ ersetzt.

   b) In Satz 3 wird jeweils die Angabe „§§ 203, 206, 207, 210, 212 bis 216 und 220“ durch die Angabe „§§ 204, 206, 210, 211 und 212 Abs. 2 und 3“ ersetzt.

2. In § 26 Abs. 2 und § 160 Abs. 2 werden jeweils die Wörter „gerichtlichen Geltendmachung“ durch die Wörter „Feststellung in einer in § 197 Abs. 1 Nr. 3 bis 5 des Bürgerlichen Gesetzbuchs bezeichneten Art“ ersetzt.

3. In § 27 Abs. 2 Satz 2 und in § 139 Abs. 3 Satz 2 wird jeweils die Angabe „§ 206“ durch die Angabe „§ 210“ ersetzt.

4. § 159 Abs. 4 wird wie folgt gefasst:

„(4) Der Neubeginn der Verjährung und ihre Hemmung nach § 204 des Bürgerlichen Gesetzbuchs gegenüber der aufgelösten Gesellschaft wirken auch gegenüber den Gesellschaftern, die der Gesellschaft zur Zeit der Auflösung angehört haben.“

5. § 375 Abs. 2 Satz 1 wird wie folgt gefasst:

„Ist der Käufer mit der Erfüllung dieser Verpflichtung in Verzug, so kann der Verkäufer die Bestimmung statt des Käufers vornehmen oder gemäß §§ 280, 281 des Bürgerlichen Gesetzbuchs Schadensersatz statt der Leistung verlangen oder gemäß § 323 des Bürgerlichen Gesetzbuchs vom Vertrag zurücktreten.“

6. § 378 wird wie folgt gefasst:

„§ 378

Hat der Käufer die Ware vor Entdeckung oder Erkennbarkeit des Mangels ganz oder teilweise im normalen Geschäftsverkehr verkauft oder der normalen Verwendung entsprechend verbraucht oder verändert, bleiben seine Rechte wegen des Mangels der Ware erhalten.“

7. § 381 Abs. 2 wird wie folgt gefasst:

„(2) Sie finden auch auf einen Vertrag Anwendung, der die Lieferung herzustellender oder zu erzeugender beweglicher Sachen zum Gegenstand hat.“

8. § 382 wird aufgehoben.

9. § 417 Abs. 1 wird wie folgt gefasst:

„(1) Verlädt der Absender das Gut nicht innerhalb der Ladezeit oder stellt er, wenn er zur Verladung nicht verpflichtet ist, das Gut nicht innerhalb der Ladezeit zur Verfü-

gung, so kann ihm der Frachtführer eine angemessene Frist setzen, innerhalb derer das Gut verladen oder zur Verfügung gestellt werden soll."

10. § 612 Abs. 1 wird wie folgt gefasst:

„(1) Ansprüche aus Frachtverträgen sowie aus Konnossementen, die den Vorschriften dieses Abschnitts unterliegen, verjähren in einem Jahr seit der Auslieferung der Güter (§ 611 Abs. 1 Satz 1) oder seit dem Zeitpunkt, zu dem sie hätten ausgeliefert werden müssen."

11. In § 759 Abs. 3 Satz 2 wird das Wort „Unterbrechung" durch die Wörter „ein Neubeginn" ersetzt.

12. § 901 wird wie folgt geändert:

    a) Nummer 4 wird aufgehoben.

    b) Die bisherige Nummer 5 wird Nummer 4.

(17) Das Umwandlungsgesetz vom 28. Oktober 1994 (BGBl. I S. 3210), zuletzt geändert durch ..., wird wie folgt geändert:

1. In § 45 Abs. 1, § 133 Abs. 3, § 157 Abs. 1 und § 224 Abs. 2 werden jeweils die Wörter „gerichtlich geltend gemacht sind; bei öffentlich-rechtlichen Verbindlichkeiten genügt zur Geltendmachung der Erlass eines Verwaltungsakts" durch die Wörter „in einer in § 197 Abs. 1 Nr. 3 bis 5 des Bürgerlichen Gesetzbuchs bezeichneten Art festgestellt sind oder eine gerichtliche oder behördliche Vollstreckungshandlung vorgenommen oder beantragt wird; bei öffentlich-rechtlichen Verbindlichkeiten genügt der Erlass eines Verwaltungsakts" ersetzt.

2. In § 45 Abs. 2 Satz 2, § 133 Abs. 4 Satz 2, § 157 Abs. 2 Satz 2 und § 224 Abs. 3 Satz 2 wird jeweils die Angabe „§§ 203, 206, 207, 210, 212 bis 216 und 220" durch die Angabe „§§ 204, 206, 210, 211 und 212 Abs. 2 und 3" ersetzt.

3. In § 45 Abs. 3, § 133 Abs. 5, § 157 Abs. 3 und § 224 Abs. 4 werden jeweils die Wörter „gerichtlichen Geltendmachung" durch die Wörter „Feststellung in einer in § 197 Abs. 1 Nr. 3 bis 5 des Bürgerlichen Gesetzbuchs bezeichneten Art" ersetzt.

(18) Artikel 53 des Scheckgesetzes in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 4132-1 veröffentlichten bereinigten Fassung, zuletzt geändert durch ..., wird wie folgt gefasst:

„Artikel 53

Der Neubeginn der Verjährung und ihre Hemmung nach § 204 des Bürgerlichen Gesetzbuchs wirken nur gegen den Scheckverpflichteten, in Ansehung dessen die Tatsache eingetreten ist, welche den Neubeginn oder die Hemmung bewirkt."

(19) Artikel 71 des Wechselgesetzes in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 4133-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, das zuletzt durch .. geändert worden ist, wird wie folgt gefasst:

„Artikel 71

Der Neubeginn der Verjährung und ihre Hemmung nach § 204 des Bürgerlichen Gesetzbuchs wirken nur gegen den Wechselverpflichteten, in Ansehung dessen die Tatsache eingetreten ist, welche den Neubeginn oder die Hemmung bewirkt."

(20) Das Patentgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 16. Dezember 1980 (BGBl. 1981 I S.1), zuletzt geändert durch ..., wird wie folgt geändert:

1. § 33 Abs. 3 wird wie folgt gefasst:

   „(3) Auf die Verjährung finden die Vorschriften des Abschnitts 5 des Buches 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs entsprechende Anwendung mit der Maßgabe, dass die Verjährung frühestens ein Jahr nach Erteilung des Patents eintritt. Hat der Verpflichtete durch die Verletzung auf Kosten des Berechtigten etwas erlangt, findet § 852 des Bürgerlichen Gesetzbuchs entsprechende Anwendung."

2. § 141 wird wie folgt gefasst:

„§ 141

Auf die Verjährung der Ansprüche wegen Verletzung des Patentrechts finden die Vorschriften des Abschnitts 5 des Buches 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs entsprechende Anwendung. Hat der Verpflichtete durch die Verletzung auf Kosten des Berechtigten etwas erlangt, findet § 852 des Bürgerlichen Gesetzbuchs entsprechende Anwendung.“

3. Es wird folgender Abschnitt angefügt:

„Zwölfter Abschnitt
Übergangsvorschriften

§ 147

Artikel 229 § 5 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche findet mit der Maßgabe entsprechende Anwendung, dass § 33 Abs. 3 und § 141 in der bis zum 1. Januar 2002 geltenden Fassung den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über die Verjährung in der bis zum 1. Januar 2002 geltenden Fassung gleichgestellt sind.“

(21) Das Gebrauchsmustergesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 28. August 1986 (BGBl. I S. 1455), zuletzt geändert durch ..., wird wie folgt geändert:

1. § 24c wird wie folgt gefasst:

„§ 24c

Auf die Verjährung der Ansprüche wegen Verletzung des Schutzrechts finden die Vorschriften des Abschnitts 5 des Buches 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs entsprechende Anwendung. Hat der Verpflichtete durch die Verletzung auf Kosten des Berechtigten etwas erlangt, findet § 852 des Bürgerlichen Gesetzbuchs entsprechende Anwendung.“

2. Es wird folgende Vorschrift angefügt:

„§ 31

Artikel 229 § 5 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche findet mit der Maßgabe entsprechende Anwendung, dass § 24c in der bis zum 1. Januar 2002 geltenden Fassung den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über die Verjährung in der bis zum 1. Januar 2002 geltenden Fassung gleichgestellt ist."

(22) Das Markengesetz vom 25. Oktober 1994 (BGBl. I S. 3082), zuletzt geändert durch ..., wird wie folgt geändert:

1. § 20 wird wie folgt gefasst:

„§ 20
Verjährung

Auf die Verjährung der in den §§ 14 bis 19 genannten Ansprüche finden die Vorschriften des Abschnitts 5 des Buches 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs entsprechende Anwendung. Hat der Verpflichtete durch die Verletzung auf Kosten des Berechtigten etwas erlangt, findet § 852 des Bürgerlichen Gesetzbuchs entsprechende Anwendung."

2. Dem § 165 wird wie folgender Absatz angefügt:

„(3) Artikel 229 § 5 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche findet mit der Maßgabe entsprechende Anwendung, dass § 20 in der bis zum 1. Januar 2002 geltenden Fassung den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über die Verjährung in der bis zum 1. Januar 2002 geltenden Fassung gleichgestellt ist."

(23) Das Halbleiterschutzgesetz vom 22. Otober 1987 (BGBl. I S. 2294), zuletzt geändert durch ..., wird wie folgt geändert:

1. § 9 wird wie folgt geändert:

   a) Absatz 1 Satz 4 wird aufgehoben.

   b) Es wird folgender Absatz angefügt:

„(3) Auf die Verjährung der Ansprüche wegen Verletzung des Schutzrechts finden die Vorschriften des Abschnitts 5 des Buches 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs entsprechende Anwendung. Hat der Verpflichtete durch die Verletzung auf Kosten des Berechtigten etwas erlangt, findet § 852 des Bürgerlichen Gesetzbuchs entsprechende Anwendung.“

2. § 26 wird wie folgt geändert:

a) Der bisherige Wortlaut wird Absatz 1.

b) Es wird folgender Absatz angefügt:

(2) Artikel 229 § 5 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche findet mit der Maßgabe entsprechende Anwendung, dass § 9 Abs. 1 Satz 3 in der bis zum 1. Januar 2002 geltenden Fassung den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über die Verjährung in der bis zum 1. Januar 2002 geltenden Fassung gleichgestellt ist.“

(24) Das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 43-1 veröffentlichten bereinigten Fassung, zuletzt geändert durch ..., wird wie folgt geändert:

1. In § 13 Abs. 2 Nr. 3 wird die Angabe „§ 22a des AGB-Gesetzes“ ersetzt durch die Angabe „§ 4 des Unterlassungsklagengesetzes“.

2. In § 13a Abs. 3 Satz 1 werden die Wörter „nach § 361a Abs. 2 Satz 1, 3, 4 und 6 des Bürgerlichen Gesetzbuchs und § 5 Abs. 4 des Gesetzes über den Widerruf von Haustürgeschäften und ähnlichen Geschäften“ durch die Wörter „nach § 312f und § 357 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 des Bürgerlichen Gesetzbuchs“ ersetzt.

3. § 27a Abs. 9 wird wie folgt gefasst:

„(9) Durch die Anrufung der Einigungsstelle wird die Verjährung in gleicher Weise wie durch Klageerhebung gehemmt. Kommt ein Vergleich nicht zustande, so ist der Zeitpunkt, zu dem das Verfahren beendet ist, von der Einigungsstelle festzustellen. Der Vorsitzende hat dies den Parteien mitzuteilen.“

(25) Das Urheberrechtsgesetz vom 9. September 1965 (BGBl. I S. 1273), zuletzt geändert durch ..., wird wie folgt geändert:

1. § 26 Abs. 7 wird aufgehoben.

2. § 36 Abs. 2 wird aufgehoben

3. § 102 wird wie folgt gefasst:

„§ 102
Verjährung

Auf die Verjährung der Ansprüche wegen Verletzung des Urheberrechts oder eines anderen nach diesem Gesetz geschützten Rechts finden die Vorschriften des Abschnitts 5 des Buches 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs entsprechende Anwendung. Hat der Verpflichtete durch die Verletzung auf Kosten des Berechtigten etwas erlangt, findet § 852 des Bürgerlichen Gesetzbuchs entsprechende Anwendung."

4. Nach § 137h wird folgende Vorschrift eingefügt:

„§ 137i
Übergangsregelung
zum Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts

Artikel 229 § 5 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche findet mit der Maßgabe entsprechende Anwendung, dass § 26 Abs. 7, § 36 Abs. 2 und § 102 in der bis zum 1. Januar 2002 geltenden Fassung den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über die Verjährung in der bis zum 1. Januar 2002 geltenden Fassung gleichgestellt sind."

(26) § 37 des Gesetzes über das Verlagsrecht in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 441 – 1, veröffentlichten bereinigten Fassung, das zuletzt durch ... geändert worden ist, wird wie folgt geändert:

1. In Satz 1 wird das Wort „vertragsmäßige" gestrichen und die Angabe „356" durch die Angabe „351" ersetzt.

2. Satz 2 wird aufgehoben.

(27) Das Geschmacksmustergesetz in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungnummer 442 – 1 veröffentlichten bereinigten Fassung, zuletzt geändert durch ..., wird wie folgt geändert:

1. § 14a wird wie folgt geändert:

   a) In Absatz 3 werden die Wörter „die Verjährung (§ 102),“ gestrichen.

   b) Es wird folgender Absatz angefügt:

      „(4) Auf die Verjährung der Ansprüche wegen Verletzung des Geschmacksmusterrechts finden die Vorschriften des Abschnitts 5 des Buches 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs entsprechende Anwendung. Hat der Verpflichtete durch die Verletzung auf Kosten des Berechtigten etwas erlangt, findet § 852 des Bürgerlichen Gesetzbuchs entsprechende Anwendung.“

2. Dem § 17 wird folgender Absatz angefügt:

   „(4) Artikel 229 § 5 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche findet mit der Maßgabe entsprechende Anwendung, dass § 14a Abs. 3 in der bis zum 1. Januar 2002 geltenden Fassung den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über die Verjährung in der bis zum 1. Januar 2002 geltenden Fassung gleichgestellt ist.“

(28) In § 128 Abs. 1 Satz 2 des Gesetzes über den Versicherungsvertrag in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 7632 – 1, veröffentlichten bereinigten Fassung, das zuletzt durch ... geändert worden ist, wird das Wort „Hauptmangels“ durch das Wort „Mangels“ ersetzt.

(29) § 3 Nr. 3 Satz 4 des Pflichtversicherungsgesetzes vom 5. April 1965 (BGBl. I S. 213), das zuletzt durch ... geändert worden ist, wird wie folgt gefasst:

   „Die Hemmung und der Neubeginn der Verjährung des Anspruchs gegen den Versicherer wirken auch gegenüber dem ersatzpflichtigen Versicherungsnehmer und umgekehrt.“

(30) Artikel 3 des Gesetzes zum Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 11. April 1980 über Verträge über den internationalen Warenkauf sowie zur Änderung des Gesetzes zu dem Übereinkommen vom 19. Mai 1956 über den Beförderungsvertrag im internationalen Straßengüterverkehr (CMR) vom 5. Juli 1989 (BGBl. 1989 II S. 586), das zuletzt durch ... geändert worden ist, wird wie folgt gefasst:

„Artikel 3

Auf die Verjährung der dem Käufer nach Artikel 45 des Übereinkommens von 1980 zustehenden Ansprüche wegen Vertragswidrigkeit der Ware sind die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über die Verjährung der Ansprüche des Käufers wegen eines Mangels der verkauften Sache anzuwenden. Auf das Recht des Käufers, die Aufhebung des Vertrags zu erklären oder den Preis herabzusetzen, finden die §§ 218 und 438 Abs. 4 sowie § 441 Abs. 5 des Bürgerlichen Gesetzbuchs Anwendung. § 438 Abs. 3 des Bürgerlichen Gesetzbuchs ist auch anzuwenden, wenn die Vertragswidrigkeit auf Tatsachen beruht, die der Verkäufer kannte oder über die er nicht in Unkenntnis sein konnte und die er dem Käufer nicht offenbart hat.“

(31) Das Fernunterrichtsschutzgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 4. Dezember 2000 (BGBl. I S. 1670) wird wie folgt geändert:

1. § 4 wird wie folgt gefasst:

„§ 4
Widerrufsrecht des Teilnehmers

(1) Dem Teilnehmer steht ein Widerrufsrecht nach § 355 des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu. Abweichend von § 355 Abs. 2 Satz 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs beginnt die Widerrufsfrist nicht vor Zugang der ersten Lieferung des Fernlehrmaterials. Für finanzierte Fernunterrichtsverträge gilt § 358 des Bürgerlichen Gesetzbuchs entsprechend.

(2) Das Widerrufsrecht erlischt in dem Zeitpunkt, in dem die Vertragsparteien den Fernunterrichtsvertrag vollständig erfüllt haben, spätestens jedoch mit Ablauf des ersten Halbjahres nach Eingang der ersten Lieferung.

(3) Abweichend von § 346 Abs. 1 in Verbindung mit § 357 Abs. 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs ist der Wert der Überlassung des Gebrauchs oder der Benutzung der Sachen oder der Erteilung des Unterrichts bis zur Ausübung des Widerrufs nicht zu vergüten.“

2. § 6 wird wie folgt geändert:

   a) In Absatz 3 wird die Angabe „350 bis 354“ gestrichen und die Angabe „356“ durch die Angabe „351“ ersetzt.

   b) In Absatz 4 Satz 2 wird die Angabe „§§ 12 und 13 des Verbraucherkreditgesetzes“ durch die Angabe „§§ 498 und 503 Abs. 2 des Bürgerlichen Gesetzbuchs“ ersetzt.

3. § 9 wird wie folgt gefasst:

„§ 9
Widerrufsfrist
bei Fernunterricht gegen Teilzahlungen

Wird der Fernunterricht gegen Teilzahlungen im Sinne von § 499 Abs. 2 des Bürgerlichen Gesetzbuchs erbracht, so beginnt der Lauf der Frist nach § 4 Abs. 1 dieses Gesetzes erst, wenn dem Teilnehmer eine Abschrift ausgehändigt wird, die auch die in § 502 Abs. 1 Satz 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs genannten Angaben enthält.“

(32) Das Bundesberggesetz vom 21. August 1980 (BGBl. I S. 1310), zuletzt geändert durch ..., wird wie folgt geändert:

1. § 117 Abs. 2 wird wie folgt gefasst:

   „(2) Auf die Verjährung des Anspruchs auf Ersatz des Bergschadens finden die Vorschriften des Abschnitts 5 des Buches 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs entsprechende Anwendung.“

2. Nach § 170 wird folgende Vorschrift eingefügt:

„§ 170a

Verjährung bei Bergschäden

Artikel 229 § 5 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche findet mit der Maßgabe entsprechende Anwendung, dass § 117 Abs. 2 in der bis zum 1. Januar 2002 geltenden Fassung den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über die Verjährung in der bis zum 1. Januar 2002 geltenden Fassung gleichgestellt ist."

(33) Das Sortenschutzgesetz vom 11. Dezember 1985 (BGBl. I S. 2170), zuletzt geändert durch ..., wird wie folgt geändert:

1. § 37c wird wie folgt gefasst:

„§ 37c

Verjährung

Auf die Verjährung der Ansprüche wegen Verletzung eines nach diesem Gesetz geschützten Rechts finden die Vorschriften des Abschnitts 5 des Buches 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs entsprechende Anwendung. Hat der Verpflichtete durch die Verletzung auf Kosten des Berechtigten etwas erlangt, findet § 852 des Bürgerlichen Gesetzbuchs entsprechende Anwendung."

2. Dem § 41 wird folgender Absatz angefügt:

„(7) Artikel 229 § 5 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche findet mit der Maßgabe entsprechende Anwendung, dass § 37c in der bis zum 1. Januar 2002 geltenden Fassung den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über die Verjährung in der bis zum 1. Januar 2002 geltenden Fassung gleichgestellt ist."

Artikel 6

Aufhebung von Vorschriften

Es werden aufgehoben:

1. die Verordnung über Kundeninformationspflichten vom 30. Juli 1999 (BGBl. I S. 1730), zuletzt geändert durch ...,

2. die Verordnung betreffend die Hauptmängel und Gewährfristen beim Viehhandel in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 402-3, veröffentlichten bereinigten Fassung, zuletzt geändert durch ...,

3. das Verbraucherkreditgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 29. Juni 2000 (BGBl. I S. 941),

4. das AGB-Gesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 29. Juni 2000 (BGBl. I S. 946),

5. das Gesetz über den Widerruf von Haustürgeschäften und ähnlichen Geschäften in der Fassung der Bekanntmachung vom 29. Juni 2000 (BGBl. I S. 956),

6. das Teilzeit-Wohnrechtegesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 29. Juni 2000 (BGBl. I S. 958),

7. das Fernabsatzgesetz vom 27. Juni 2000 (BGBl. I S. 897),

8. § 32 Abs. 2 des D-Markbilanzgesetzes in der Fassung der Bekanntmachung vom 28. Juli 1994 (BGBl. I S. 1842), das zuletzt durch ... geändert worden ist,

9. das Diskontsatz-Überleitungs-Gesetz vom 9. Juni 1998 (BGBl. I S. 1242), zuletzt geändert durch ...,

10. die Basiszinssatz-Bezugsgrößen-Verordnung vom 10. Februar 1999 (BGBl. I S. 139), zuletzt geändert durch ...,

11. die FIBOR-Überleitungs-Verordnung vom 10. Juli 1998 (BGBl. I S. 1863), zuletzt geändert durch ... ,

12. die Lombardsatz-Überleitungs-Verordnung vom 18. Dezember 1998 (BGBl. I S. 3819), zuletzt geändert durch ..., und

13. § 24 des Saatgutverkehrsgesetzes in der Fassung des Gesetzes vom 25. November 1993 (BGBl. I S. 1917), das zuletzt durch ... geändert worden ist.

Artikel 7
Rückkehr zum einheitlichen
Verordnungsrang

Die auf Artikel 4 und 5 beruhenden Teile der dort geänderten Rechtsverordnungen können auf Grund der jeweils einschlägigen Ermächtigungen durch Rechtsverordnung geändert werden.

Artikel 8
Neubekanntmachungserlaubnis

Das Bundesministerium der Justiz wird ermächtigt, den ab dem 1. Januar 2002 geltenden Wortlaut des Bürgerlichen Gesetzbuchs und der Verordnung über Informationspflichten von Reiseveranstaltern im Bundesgesetzblatt bekannt zu machen.

Artikel 9
Inkrafttreten

Artikel 5 Abs. 6 und 7 tritt am 2. Januar 2002 in Kraft. Im Übrigen tritt dieses Gesetz am 1. Januar 2002 in Kraft.

(Schlussformel)

Anlage
(Zu Artikel 1 Abs. 2)

Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)
Inhaltsübersicht

Buch 1
Allgemeiner Teil

Abschnitt 1
Personen

Titel 1
Natürliche Personen

Titel 2
Juristische Personen

Untertitel 1
Vereine

Kapitel 1
Allgemeine Vorschriften

Kapitel 2
Eingetragene Vereine

Untertitel 2
Stiftungen

Untertitel 3
Juristische Personen des öffentlichen Rechts

Abschnitt 2
Sachen und Tiere

Abschnitt 5
Verjährung

Titel 1
Gegenstand und Dauer der Verjährung

Titel 2
Hemmung und Neubeginn der Verjährung

Titel 3
Rechtsfolgen der Verjährung

Abschnitt 6
Ausübung der Rechte, Selbstverteidigung, Selbsthilfe

Abschnitt 7
Sicherheitsleistung

Buch 2
Recht der Schuldverhältnisse

Abschnitt 1
Inhalt der Schuldverhältnisse

Titel 1
Verpflichtung zur Leistung

Titel 13
Geschäftsführung ohne Auftrag

Titel 14
Verwahrung

Titel 15
Einbringung von Sachen bei Gastwirten

Titel 16
Gesellschaft

Titel 17
Gemeinschaft

Titel 18
Leibrente1

Titel 19
Unvollkommene Verbindlichkeiten

Titel 20
Bürgschaft

Titel 21
Vergleich

Titel 22
Schuldversprechen, Schuldanerkenntnis

Titel 23
Anweisung

Titel 24
Schuldverschreibung auf den Inhaber

Titel 25
Vorlegung von Sachen

Titel 26
Ungerechtfertigte Bereicherung

Titel 27
Unerlaubte Handlungen

Buch 3
Sachenrecht

Abschnitt 1
Besitz

Abschnitt 2
Allgemeine Vorschriften über Rechte an Grundstücken

Abschnitt 3
Eigentum

Titel 1
Inhalt des Eigentums

Titel 2
Erwerb und Verlust des Eigentums an Grundstücken

Titel 3
Erwerb und Verlust des Eigentums an beweglichen Sachen

Untertitel 1
Übertragung

Untertitel 2
Ersitzung

Titel 2
Grundschuld, Rentenschuld

Untertitel 1
Grundschuld

Untertitel 2
Rentenschuld

Abschnitt 8
Pfandrecht an beweglichen Sachen und an Rechten

Titel 1
Pfandrecht an beweglichen Sachen

Titel 2
Pfandrecht an Rechten

Buch 4
Familienrecht

Abschnitt 1
Bürgerliche Ehe

Titel 1
Verlöbnis

Titel 2
Eingehung der Ehe

Untertitel 1
Ehefähigkeit

Untertitel 2
Eheverbote

Untertitel 3
Ehefähigkeitszeugnis

Untertitel 4
Eheschließung

Titel 3
Aufhebung der Ehe

Titel 4
Wiederverheiratung nach Todeserklärung

Titel 5
Wirkungen der Ehe im allgemeinen

Titel 6
Eheliches Güterrecht

Untertitel 1
Gesetzliches Güterrecht

Untertitel 2
Vertragliches Güterrecht

Kapitel 1
Allgemeine Vorschriften

Kapitel 2
Gütertrennung

Kapitel 3
Gütergemeinschaft

Unterkapitel 1
Allgemeine Vorschriften

Unterkapitel 2
Verwaltung des Gesamtgutes durch den Mann oder die Frau

Unterkapitel 3
Gemeinschaftliche Verwaltung des Gesamtgutes durch die Ehegatten

Unterkapitel 4
Auseinandersetzung des Gesamtgutes

Unterkapitel 5
Fortgesetzte Gütergemeinschaft

Untertitel 3
Güterrechtsregister

Titel 7
Scheidung der Ehe

Untertitel 1
Scheidungsgründe

Titel 3
Unterhaltspflicht

Untertitel 1
Allgemeine Vorschriften

Untertitel 2
Besondere Vorschriften
für das Kind und seine
nicht miteinander verheirateten Eltern

Titel 4
Rechtsverhältnis zwischen den Eltern
und dem Kinde im allgemeinen

Titel 5
Elterliche Sorge

Untertitel 2
Führung der Vormundschaft

Untertitel 3
Fürsorge und Aufsicht
des Vormundschaftsgerichts

Untertitel 4
Mitwirkung des Jugendamts

Untertitel 5
Befreite Vormundschaft

Untertitel 6
Ende der Vormundschaft

Titel 2
Rechtliche Betreuung

§ 1896 Voraussetzungen
§ 1897 Bestellung einer natürlichen Person
§ 1898 Übernahmepflicht
§ 1899 Mehrere Betreuer
§ 1900 Betreuung durch Verein oder Behörde
§ 1901 Umfang der Betreuung, Pflichten des Betreuers
§ 1901a Schriftliche Betreuungswünsche
§ 1902 Vertretung des Betreuten
§ 1903 Einwilligungsvorbehalt
§ 1904 Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bei ärztlichen Maßnahmen
§ 1905 Sterilisation
§ 1906 Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bei der Unterbringung
§ 1907 Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bei der Aufgabe der Mietwohnung
§ 1908 Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bei der Ausstattung
§ 1908a Vorsorgliche Betreuerbestellung und Anordnung des Einwilligungsvorbehaltes für Minderjährige
§ 1908b Entlassung des Betreuers
§ 1908c Bestellung eines neuen Betreuers
§ 1908d Aufhebung oder Änderung von Betreuung und Einwilligungsvorbehalt
§ 1908e Aufwendungsersatz und Vergütung für Vereine
§ 1908f Anerkennung als Betreuungsverein
§ 1908g Behördenbetreuer
§ 1908h Aufwendungsersatz und Vergütung für Behördenbetreuer
§ 1908i Entsprechend anwendbare Vorschriften
§ 1908k Mitteilung an die Betreuungsbehörde

Titel 3
Pflegschaft

§ 1909 Ergänzungspflegschaft
§ 1910 (weggefallen)
§ 1911 Abwesenheitspflegschaft
§ 1912 Pflegschaft für eine Leibesfrucht
§ 1913 Pflegschaft für unbekannte Beteiligte
§ 1914 Pflegschaft für gesammeltes Vermögen
§ 1915 Anwendung des Vormundschaftsrechts
§ 1916 Berufung als Ergänzungspfleger
§ 1917 Ernennung des Ergänzungspflegers durch Erblasser und Dritte
§ 1918 Ende der Pflegschaft kraft Gesetzes
§ 1919 Aufhebung der Pflegschaft bei Wegfall des Grundes
§ 1920 (weggefallen)
§ 1921 Aufhebung der Abwesenheitspflegschaft

Buch 5
Erbrecht

Abschnitt 1
Erbfolge

§ 1922 Gesamtrechtsnachfolge
§ 1923 Erbfähigkeit
§ 1924 Gesetzliche Erben erster Ordnung
§ 1925 Gesetzliche Erben zweiter Ordnung
§ 1926 Gesetzliche Erben dritter Ordnung
§ 1927 Mehrere Erbteile bei mehrfacher Verwandtschaft
§ 1928 Gesetzliche Erben vierter Ordnung
§ 1929 Fernere Ordnungen
§ 1930 Rangfolge der Ordnungen
§ 1931 Gesetzliches Erbrecht des Ehegatten
§ 1932 Voraus des Ehegatten
§ 1933 Ausschluss des Ehegattenerbrechts
§ 1934 Erbrecht des verwandten Ehegatten
§§ 1934a bis 1934e (weggefallen)
§ 1935 Folgen der Erbteilserhöhung
§ 1936 Gesetzliches Erbrecht des Fiskus
§ 1937 Erbeinsetzung durch letztwillige Verfügung
§ 1938 Enterbung ohne Erbeinsetzung
§ 1939 Vermächtnis
§ 1940 Auflage
§ 1941 Erbvertrag

Abschnitt 2
Rechtliche Stellung des Erben

Titel 1
Annahme und Ausschlagung der Erbschaft, Fürsorge des Nachlassgerichts

§ 1942 Anfall und Ausschlagung der Erbschaft
§ 1943 Annahme und Ausschlagung der Erbschaft
§ 1944 Ausschlagungsfrist
§ 1945 Form der Ausschlagung
§ 1946 Zeitpunkt für Annahme oder Ausschlagung
§ 1947 Bedingung und Zeitbestimmung
§ 1948 Mehrere Berufungsgründe
§ 1949 Irrtum über den Berufungsgrund
§ 1950 Teilannahme; Teilausschlagung
§ 1951 Mehrere Erbteile
§ 1952 Vererblichkeit des Ausschlagungsrechts
§ 1953 Wirkung der Ausschlagung
§ 1954 Anfechtungsfrist
§ 1955 Form der Anfechtung
§ 1956 Anfechtung der Fristversäumung
§ 1957 Wirkung der Anfechtung
§ 1958 Gerichtliche Geltendmachung von Ansprüchen gegen den Erben
§ 1959 Geschäftsführung vor der Ausschlagung
§ 1960 Sicherung des Nachlasses; Nachlasspfleger
§ 1961 Nachlasspflegschaft auf Antrag
§ 1962 Zuständigkeit des Nachlassgerichts
§ 1963 Unterhalt der werdenden Mutter eines Erben
§ 1964 Erbvermutung für den Fiskus durch Feststellung
§ 1965 Öffentliche Aufforderung zur Anmeldung der Erbrechte
§ 1966 Rechtsstellung des Fiskus vor Feststellung

Titel 2
Haftung des Erben für die Nachlassverbindlichkeiten

Untertitel 1
Nachlassverbindlichkeiten

§ 1967 Erbenhaftung, Nachlassverbindlichkeiten
§ 1968 Beerdigungskosten
§ 1969 Dreißigster

Untertitel 2
Aufgebot der Nachlassgläubiger

§ 1970 Anmeldung der Forderungen
§ 1971 Nicht betroffene Gläubiger
§ 1972 Nicht betroffene Rechte
§ 1973 Ausschluss von Nachlassgläubigern
§ 1974 Verschweigungseinrede

Untertitel 3
Beschränkung der Haftung des Erben

§ 1975 Nachlassverwaltung; Nachlassinsolvenz
§ 1976 Wirkung auf durch Vereinigung erloschene Rechtsverhältnisse
§ 1977 Wirkung auf eine Aufrechnung
§ 1978 Verantwortlichkeit des Erben für bisherige Verwaltung, Aufwendungsersatz
§ 1979 Berichtigung von Nachlassverbindlichkeiten
§ 1980 Antrag auf Eröffnung des Nachlassinsolvenzverfahrens
§ 1981 Anordnung der Nachlassverwaltung
§ 1982 Ablehnung der Anordnung der Nachlassverwaltung mangels Masse
§ 1983 Bekanntmachung
§ 1984 Wirkung der Anordnung
§ 1985 Pflichten und Haftung des Nachlassverwalters
§ 1986 Herausgabe des Nachlasses
§ 1987 Vergütung des Nachlassverwalters
§ 1988 Ende und Aufhebung der Nachlassverwaltung
§ 1989 Erschöpfungseinrede des Erben
§ 1990 Dürftigkeitseinrede des Erben
§ 1991 Folgen der Dürftigkeitseinrede
§ 1992 Überschuldung durch Vermächtnisse und Auflagen

Untertitel 4
Inventarerrichtung,
Unbeschränkte Haftung des Erben

§ 1993 Inventarerrichtung
§ 1994 Inventarfrist
§ 1995 Dauer der Frist
§ 1996 Bestimmung einer neuen Frist
§ 1997 Hemmung des Fristablaufs
§ 1998 Tod des Erben vor Fristablauf
§ 1999 Mitteilung an das Vormundschaftsgericht
§ 2000 Unwirksamkeit der Fristbestimmung
§ 2001 Inhalt des Inventars
§ 2002 Aufnahme des Inventars durch den Erben
§ 2003 Amtliche Aufnahme des Inventars
§ 2004 Bezugnahme auf ein vorhandenes Inventar
§ 2005 Unbeschränkte Haftung des Erben bei Unrichtigkeit des Inventars
§ 2006 Eidesstattliche Versicherung
§ 2007 Haftung bei mehreren Erbteilen
§ 2008 Inventar für eine zum Gesamtgut gehörende Erbschaft
§ 2009 Wirkung der Inventarerrichtung
§ 2010 Einsicht des Inventars
§ 2011 Keine Inventarfrist für den Fiskus als Erben
§ 2012 Keine Inventarfrist für den Nachlasspfleger und Nachlassverwalter
§ 2013 Folgen der unbeschränkten Haftung des Erben

Untertitel 5
Aufschiebende Einreden

§ 2014 Dreimonatseinrede
§ 2015 Einrede des Aufgebotsverfahrens
§ 2016 Ausschluss der Einreden bei unbeschränkter Erbenhaftung
§ 2017 Fristbeginn bei Nachlasspflegschaft

Titel 3
Erbschaftsanspruch

§ 2018 Herausgabepflicht des Erbschaftsbesitzers
§ 2019 Unmittelbare Ersetzung
§ 2020 Nutzungen und Früchte
§ 2021 Herausgabepflicht nach Bereicherungsgrundsätzen
§ 2022 Ersatz von Verwendungen und Aufwendungen
§ 2023 Haftung bei Rechtshängigkeit, Nutzungen und Verwendungen
§ 2024 Haftung bei Kenntnis
§ 2025 Haftung bei unerlaubter Handlung
§ 2026 Keine Berufung auf Ersitzung
§ 2027 Auskunftspflicht des Erbschaftsbesitzers
§ 2028 Auskunftspflicht des Hausgenossen
§ 2029 Haftung bei Einzelansprüchen des Erben
§ 2030 Rechtsstellung des Erbschaftserwerbers
§ 2031 Herausgabeanspruch des für tot Erklärten

Titel 4
Mehrheit von Erben

Untertitel 1
Rechtsverhältnis der Erben untereinander

§ 2032 Erbengemeinschaft
§ 2033 Verfügungsrecht des Miterben
§ 2034 Vorkaufsrecht gegenüber dem Verkäufer
§ 2035 Vorkaufsrecht gegenüber dem Käufer
§ 2036 Haftung des Erbteilkäufers
§ 2037 Weiterveräußerung des Erbteils
§ 2038 Gemeinschaftliche Verwaltung des Nachlasses
§ 2039 Nachlassforderungen
§ 2040 Verfügung über Nachlassgegenstände, Aufrechnung
§ 2041 Unmittelbare Ersetzung
§ 2042 Auseinandersetzung
§ 2043 Aufschub der Auseinandersetzung
§ 2044 Ausschluss der Auseinandersetzung
§ 2045 Aufschub der Auseinandersetzung
§ 2046 Berichtigung der Nachlassverbindlichkeiten
§ 2047 Verteilung des Überschusses
§ 2048 Teilungsanordnungen des Erblassers
§ 2049 Übernahme eines Landgutes
§ 2050 Ausgleichungspflicht für Abkömmlinge als gesetzliche Erben
§ 2051 Ausgleichungspflicht bei Wegfall eines Abkömmlings
§ 2052 Ausgleichungspflicht für Abkömmlinge als gewillkürte Erben
§ 2053 Zuwendung an entfernteren oder angenommenen Abkömmling
§ 2054 Zuwendung aus dem Gesamtgut
§ 2055 Durchführung der Ausgleichung
§ 2056 Mehrempfang
§ 2057 Auskunftspflicht
§ 2057a Ausgleichungspflicht bei besonderen Leistungen eines Abkömmlings

Untertitel 2
Rechtsverhältnis zwischen den Erben und den Nachlassgläubigern

§ 2058 Gesamtschuldnerische Haftung
§ 2059 Haftung bis zur Teilung
§ 2060 Haftung nach der Teilung
§ 2061 Aufgebot der Nachlassgläubiger
§ 2062 Antrag auf Nachlassverwaltung
§ 2063 Errichtung eines Inventars, Haftungsbeschränkung

Abschnitt 3
Testament

Titel 1
Allgemeine Vorschriften

§ 2064 Persönliche Errichtung
§ 2065 Bestimmung durch Dritte
§ 2066 Gesetzliche Erben des Erblassers
§ 2067 Verwandte des Erblassers
§ 2068 Kinder des Erblassers
§ 2069 Abkömmlinge des Erblassers
§ 2070 Abkömmlinge eines Dritten
§ 2071 Personengruppe
§ 2072 Die Armen
§ 2073 Mehrdeutige Bezeichnung
§ 2074 Aufschiebende Bedingung
§ 2075 Auflösende Bedingung
§ 2076 Bedingung zum Vorteil eines Dritten
§ 2077 Unwirksamkeit letztwilliger Verfügungen bei Auflösung der Ehe oder Verlobung
§ 2078 Anfechtung wegen Irrtums oder Drohung
§ 2079 Anfechtung wegen Übergehung eines Pflichtteilsberechtigten
§ 2080 Anfechtungsberechtigte
§ 2081 Anfechtungserklärung
§ 2082 Anfechtungsfrist
§ 2083 Anfechtbarkeitseinrede
§ 2084 Auslegung zugunsten der Wirksamkeit
§ 2085 Teilweise Unwirksamkeit
§ 2086 Ergänzungsvorbehalt

Titel 2
Erbeinsetzung

§ 2087 Zuwendung des Vermögens, eines Bruchteils oder einzelner Gegenstände
§ 2088 Einsetzung auf Bruchteile
§ 2089 Erhöhung der Bruchteile
§ 2090 Minderung der Bruchteile
§ 2091 Unbestimmte Bruchteile
§ 2092 Teilweise Einsetzung auf Bruchteile
§ 2093 Gemeinschaftlicher Erbteil
§ 2094 Anwachsung
§ 2095 Angewachsener Erbteil
§ 2096 Ersatzerbe
§ 2097 Auslegungsregel bei Ersatzerben
§ 2098 Wechselseitige Einsetzung als Ersatzerben
§ 2099 Ersatzerbe und Anwachsung

Titel 3
Einsetzung eines Nacherben

§ 2100 Nacherbe
§ 2101 Noch nicht erzeugter Nacherbe
§ 2102 Nacherbe und Ersatzerbe
§ 2103 Anordnung der Herausgabe der Erbschaft
§ 2104 Gesetzliche Erben als Nacherben
§ 2105 Gesetzliche Erben als Vorerben
§ 2106 Eintritt der Nacherbfolge
§ 2107 Kinderloser Vorerbe
§ 2108 Erbfähigkeit; Vererblichkeit des Nacherbrechts
§ 2109 Unwirksamwerden der Nacherbschaft
§ 2110 Umfang des Nacherbenrechts
§ 2111 Unmittelbare Ersetzung
§ 2112 Verfügungsrecht des Vorerben
§ 2113 Verfügungen über Grundstücke, Schiffe und Schiffsbauwerke; Schenkungen
§ 2114 Verfügungen über Hypothekenforderungen, Grund- und Rentenschulden
§ 2115 Zwangsvollstreckungsverfügungen gegen Vorerben
§ 2116 Hinterlegung von Wertpapieren
§ 2117 Umschreibung; Umwandlung
§ 2118 Sperrvermerk im Schuldbuch
§ 2119 Anlegung von Geld
§ 2120 Einwilligungspflicht des Nacherben
§ 2121 Verzeichnis der Erbschaftsgegenstände
§ 2122 Feststellung des Zustandes der Erbschaft
§ 2123 Wirtschaftsplan
§ 2124 Erhaltungskosten
§ 2125 Verwendungen; Wegnahmerecht
§ 2126 Außerordentliche Lasten
§ 2127 Auskunftsrecht des Nacherben
§ 2128 Sicherheitsleistung
§ 2129 Wirkung einer Entziehung der Verwaltung
§ 2130 Herausgabepflicht nach dem Eintritt der Nacherbfolge, Rechenschaftspflicht
§ 2131 Umfang der Sorgfaltspflicht
§ 2132 Keine Haftung für gewöhnliche Abnutzung
§ 2133 Ordnungswidrige oder übermäßige Fruchtziehung
§ 2134 Eigennützige Verwendung
§ 2135 Miet- und Pachtverhältnis bei der Nacherbfolge
§ 2136 Befreiung des Vorerben
§ 2137 Auslegungsregel für die Befreiung
§ 2138 Beschränkte Herausgabepflicht
§ 2139 Wirkung des Eintritts der Nacherbfolge
§ 2140 Verfügungen des Vorerben nach Eintritt der Nacherbfolge
§ 2141 Unterhalt der werdenden Mutter eines Nacherben
§ 2142 Ausschlagung der Nacherbschaft
§ 2143 Wiederaufleben erloschener Rechtsverhältnisse
§ 2144 Haftung des Nacherben für Nachlassverbindlichkeiten
§ 2145 Haftung des Vorerben für Nachlassverbindlichkeiten
§ 2146 Anzeigepflicht des Vorerben gegenüber Nachlassgläubigern

Titel 4
Vermächtnis

§ 2147 Beschwerter
§ 2148 Mehrere Beschwerte
§ 2149 Vermächtnis an die gesetzlichen Erben
§ 2150 Vorausvermächtnis
§ 2151 Bestimmungsrecht des Beschwerten oder eines Dritten bei mehreren Bedachten
§ 2152 Wahlweise Bedachte
§ 2153 Bestimmung der Anteile
§ 2154 Wahlvermächtnis

Titel 5
Auflage

Titel 6
Testamentsvollstrecker

Titel 7
Errichtung und Aufhebung eines Testaments

Achter Titel 8
Gemeinschaftliches Testament

Abschnitt 4
Erbvertrag

Abschnitt 5
Pflichtteil

Abschnitt 6
Erbunwürdigkeit

Abschnitt 7
Erbverzicht

Abschnitt 8
Erbschein

Abschnitt 9
Erbschaftskauf

A. Allgemeine Begründung[2]

I. Ziel des Gesetzes

Mit dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz sollen drei EU-Richtlinien in deutsches Recht umgesetzt und zugleich das Schuldrecht in wesentlichen Teilen modernisiert werden. Der Umsetzung bedarf die Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter (ABl. EG Nr. L 171 S. 12 – im Folgenden Verbrauchsgüterkaufrichtlinie); diese Richtlinie ist bis zum Ablauf des 31. Dezember 2001 umzusetzen. Außerdem muss die Richtlinie 2000/35/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. Juni 2000 zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr (ABl. EG Nr. L 200 S. 35 – im Folgenden Zahlungsverzugsrichtlinie) umgesetzt werden; die Frist hierfür läuft bis zum 7. August 2002.

Daneben werden die Artikel 10, 11 und 18 der Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt (ABl. EG Nr. L 178 S. 1 – im Folgenden E-Commerce-Richtlinie) umgesetzt, die für Verträge, welche unter Nutzung von Diensten der Informationsgesellschaft geschlossen werden, besondere vorvertragliche Informationspflichten bestimmen sowie eine Ausdehnung der Unterlassungsklagenrichtlinie (Richtlinie 98/27/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Mai 1998 über Unterlassungsklagen zum Schutz der Verbraucherinteressen, ABl. EG Nr. L 166 S. 51) vorsehen. Diese Verpflichtung ist bis zum 17. Januar 2002 zu erfüllen.

Die durch diese Richtlinien notwendig werdenden gesetzgeberischen Maßnahmen können sich nicht auf eine reine Richtlinienumsetzung beschränken. Denn die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie greift einen beträchtlichen Teil der Vorschläge auf, die die vom Bundesministerium der Justiz eingesetzte Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts in ihrem Abschlussbericht aus dem Jahre 1991 unterbreitet hat. Mit der Umsetzung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie gelangt daher auch die Frage einer Modernisierung des Schuldrechts entsprechend diesen Vorschlägen zwingend auf die Tagesordnung. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die durch die Richtlinie geforderten Umsetzungsmaßnahmen eng mit weiteren, von ihr nicht unmittelbar erfassten Bereichen des Schuld- und Verjährungsrechts verwoben sind: Insbeson-

[2] Wegen der im Folgenden verwendeten Abkürzungen vgl. Legende am Ende der besonderen Begründung

dere die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie gibt daher Veranlassung, das deutsche Schuld- und Verjährungsrecht umfassend zu modernisieren. Die Vorschläge der Schuldrechtskommission bilden hierfür eine verlässliche Grundlage. Sie waren Gegenstand des 60. Deutschen Juristentages 1994 in Münster, bei dem sie mit eindrucksvollen Mehrheiten bestätigt worden sind. Sie waren seitdem und insbesondere mit dem zügigen Fortgang der 1996 aufgenommenen Arbeiten an der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie Gegenstand einer intensiven Diskussion in Wissenschaft und Praxis, die zu bisher vier wissenschaftlichen Kolloquien und Tagungen in Halle, Regensburg, Münster und Berlin geführt haben. Daraus resultieren eine tiefe Durchdringung des Stoffs und weiterführende Vorschläge, die jetzt eine Entscheidung des Gesetzgebers erlauben. Die Diskussion hat ergeben, dass die weiterentwickelten Vorschläge der Schuldrechtskommission zur Modernisierung des deutschen Schuldrechts führen und eine zukunftsweisende integrative Umsetzung der Richtlinie erlauben.

Die Diskussion hat auch gezeigt, dass es – wie 1998 im Eherecht und 2001 im Mietrecht – auch im Schuldrecht an der Zeit ist, die das Bürgerliche Gesetzbuch immer mehr überwuchernden (schuldrechtlichen) Sondergesetze zu sichten und ihren dauerhaften Bestand in das Bürgerliche Gesetzbuch zu integrieren. Dies führt wie auch in den anderen Bereichen zu einer übersichtlicheren Schuldrechtsordnung. Die Zurückführung der schuldrechtlichen Sondergesetze stärkt nicht nur das Bürgerliche Gesetzbuch als zentrale Zivilrechtskodifikation. Sie nutzt die integrative Kraft des Bürgerlichen Gesetzbuchs, um die Einheit des Schuldrechts zu gewährleisten und zu stärken. Sie droht verloren zu gehen, weil sich die einzelnen Sondermaterien immer mehr verselbständigen und weil das Schuldvertragsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs für die Massengeschäfte des täglichen Lebens immer mehr durch Sondergesetze verdrängt wird (Medicus in: Grundmann/Medicus/Rolland S. 219 und in: Ernst/ Zimmermann S. 607 ff., 609 - spricht von der Erosion des Bürgerlichen Gesetzbuchs). Speziell das AGB-Gesetz hat sich seit seinem Inkrafttreten zu einer zentralen Materie des Schuldrechts entwickelt und überlagert und ergänzt inzwischen die einschlägigen Regelungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs in erheblichen Teilen. Es ist damit inhaltlich zu einem eigenen Abschnitt im Bürgerlichen Gesetzbuch geworden und sollte deshalb auch dort im Gesetzestext erscheinen. Die Integration der schuldrechtlichen Sondergesetze weist schließlich diesen Gesetzen auch den Platz zu, der ihnen wegen ihrer zentralen Bedeutung für den Rechtsverkehr gebührt.

II. Inhalt der Richtlinien und Umsetzungsbedarf

1. Verbrauchsgüterkaufrichtlinie

a) Verbrauchsgüterkauf

Die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie hat keine Vollharmonisierung des Kaufrechts zum Ziel. Harmonisiert werden sollen lediglich einige wesentliche Aspekte des Kaufrechts für Mobiliarkaufverträge zwischen Unternehmern als Verkäufer und Verbrauchern als Käufer. Nicht harmonisiert werden damit insbesondere folgende Bereiche:

- Kaufverträge über Immobilien
- Kaufverträge zwischen Unternehmern
- Kaufverträge zwischen Verbrauchern
- Kaufverträge zwischen Verbrauchern als Verkäufer und Unternehmern als Käufer.

Ferner werden auch einige Arten von Kaufverträgen ausgenommen, die Verbraucher mit Unternehmern schließen. Dies sind Verträge über die Lieferung von Strom, Gas und Wasser sowie Käufe im Rahmen der Zwangsvollstreckung. Bei der Umsetzung können die Mitgliedstaaten ferner Kaufverträge über gebrauchte Güter ausnehmen, die in einer öffentlichen Versteigerung verkauft werden. Inhaltlich erreicht die Richtlinie schon eine recht weitgehende Harmonisierung des Kaufrechts, wenngleich sie nicht vollständig ist. Harmonisiert werden:

- Sachmängelbegriff
- Gewährleistungsrechte ohne Schadensersatz
- Gewährleistungsfrist für Gewährleistungsrechte ohne Schadensersatz
- Formalanforderungen an vertragsbegleitende Garantien
- Rückgriff des Unternehmers in der Lieferkette.

Harmonisiert wird nicht nur das Kaufrecht, sondern auch das Werkvertragsrecht für neu hergestellte oder zu erzeugende bewegliche Sachen. Dies folgt aus Artikel 1 Abs. 4 der Richtlinie.

b) Zwingender Charakter

Eines der hervorstechendsten Merkmale des nationalen deutschen, aber z. B. auch des UN-Kaufrechts oder des früheren Einheitlichen Kaufgesetzes ist die Dispositionsfreiheit der Par-

teien. Das deutsche Kaufrecht ist ebenso wie seine internationalen Pendants ein Regelungsmodell, von dem die Parteien einvernehmlich im konkreten Vertrag abweichen können. Diese Möglichkeit wird durch die Richtlinie für den Verbrauchsgüterkauf abgeschnitten. Die Richtlinie harmonisiert die wesentlichen Aspekte des Kaufrechts auf einem Mindeststandard, den die Mitgliedstaaten über-, aber nicht unterschreiten können. Auch den Parteien des Kaufvertrags ist es in der Regel nicht möglich, von diesen Mindeststandardvorschriften abzuweichen. Eine Ausnahme ist nur vorgesehen für gebrauchte Güter. Hier können die Parteien eine Reduzierung der Gewährleistungsfrist auf ein Jahr und eine Begrenzung der Gewährleistungsrechte vorsehen. Dagegen ist weder bei neuen noch bei gebrauchten Gütern ein Gewährleistungsausschluss möglich. Das führt zu einer Beschränkung der Vertragsfreiheit im deutschen Kaufrecht. Während die Steuerung der Vertragsgerechtigkeit bisher weitestgehend durch § 9 AGBG geleistet wurde, wird diese Steuerungsfunktion künftig wieder verstärkt in das materielle Kaufrecht zurückverlagert, das im Verbraucherkaufrecht jedenfalls nicht mehr der Parteidisposition unterliegt.

c) Sachmängelbegriff

Nach Artikel 2 Abs. 1 der Richtlinie muss die verkaufte Sache den Zustand aufweisen, den die Parteien verabredet haben. Haben sie nichts vereinbart, gilt die Sache als vertragsgemäß, wenn sie einem Modell oder einer Beschreibung des Verkäufers entspricht, wenn sie die vom Käufer gewünschten Eigenschaften aufweist, wenn sie für den vertragsgemäßen Gebrauch taugt, wenn sie die Eigenschaften aufweist, die man üblicherweise von einer Sache gleicher Art und Güte erwarten kann. Dies entspricht im Großen und Ganzen dem in der Rechtsprechung entwickelten sog. subjektiven Fehlerbegriff und bedeutet in der Sache keine Änderung gegenüber dem nationalen Recht. In dieser Form neu ist allerdings ein Element in Artikel 2 Abs. 2 Buchstabe d der Richtlinie. Dort wird festgelegt, dass die Tauglichkeit des verkauften Gutes für den gewöhnlichen Gebrauch auch daran zu messen ist, ob das Gut von öffentlichen Aussagen des Herstellers, insbesondere in Werbung und Etikettierung über konkrete Produkteigenschaften, abweicht. Damit werden keineswegs etwa alle möglichen blumigen Werbeaussagen zur Grundlage für einen Sachmangel. Zu einem Sachmangel führt danach nur die Abweichung von Herstelleraussagen, die sich zu konkreten Eigenschaften des Produkts äußern. Musterbeispiel hierfür sind die Aussagen des Herstellers über den Kraftstoffverbrauch, die schon lange vor Erlass der Richtlinie zu einer sehr umfangreichen deutschen Rechtsprechung geführt haben (BGH, NJW 1996, 1337, 1338; 1997, 2590). Diese ist bei der Annahme einer zugesicherten Eigenschaft und der daraus folgenden Schadensersatzhaftung in solchen Fällen sehr zurückhaltend. Anders ist das aber bei der Frage des Sachmangels. Hier wird im Prinzip nur noch darüber diskutiert, wie groß die Abweichung des

tatsächlichen Kraftstoffverbrauchs von dem herstellerseitig angegebenen sein muss, um einen Sachmangel darstellen zu können.

Auf den ersten Blick sehr bekannt ist auch die Regelung des Artikels 2 Abs. 3 der Richtlinie, wonach sich der Verbraucher gegenüber dem Verkäufer nicht auf Mängel berufen kann, die er vor Vertragsschluss kannte oder über deren Vorhandensein er vernünftigerweise nicht im Unklaren sein konnte. Die Vorschrift wird künftig allerdings eine viel stärkere Bedeutung erfahren als die vergleichbare Regelung in § 460 BGB. Diese Vorschrift spielt vor allem bei gebrauchten und beschädigten Waren, die verbilligt abgegeben werden, eine Rolle. In Deutschland kommt sie meist deshalb nicht zum Tragen, weil hier auch durch Allgemeine Geschäftsbedingungen die Gewährleistung ganz oder teilweise ausgeschlossen werden kann. Künftig wird das nach Artikel 7 Abs. 1 Satz 1 der Richtlinie nicht mehr möglich sein. Deshalb wird Artikel 2 Abs. 3 der Richtlinie künftig die Funktion zufallen, diesen an sich nicht möglichen Gewährleistungsausschluss für gebrauchte Güter zum Teil funktionell zu ersetzen.

d) Gewährleistungsrechte

Nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch sind die klassischen Gewährleistungsrechte des Käufers bei Fehlerhaftigkeit der Kaufsache die Wandelung und die Minderung. Zu berücksichtigen ist allerdings, dass die meisten heute verkauften Sachen in der Terminologie des Bürgerlichen Gesetzbuchs Gattungssachen darstellen, für welche das Bürgerliche Gesetzbuch schon von Anfang an als einen ebenfalls klassischen Rechtsbehelf die Ersatzlieferung vorsah (§ 480 Abs. 1 BGB). Nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch stehen Wandelung und Minderung und - bei Gattungssachen - Ersatzlieferung zur freien Wahl des Käufers. Diese Rechte sind aber abdingbar. In der deutschen Vertragspraxis ist es deshalb üblich, dass bei hochwertigen Gütern die Ersatzlieferung ganz ausgeschlossen und Wandelung und Minderung nur zugelassen werden, wenn ein Nachbesserungsversuch gescheitert ist. Bei Massenprodukten wird üblicherweise uneingeschränkt nur das gesetzliche Recht auf Ersatzlieferung gewährt; Wandelung und Minderung kann der Verkäufer dagegen regelmäßig nur verlangen, wenn eine Ersatzlieferung gescheitert ist. Nach Artikel 3 Abs. 3 der Richtlinie stehen die vier Gewährleistungsrechte dem Käufer nicht uneingeschränkt, sondern nur stufenweise zur Verfügung. Im Falle eines Mangels kann der Käufer zunächst nur zwischen Nachbesserung und Ersatzlieferung wählen. Die Wahl ist aber nur scheinbar frei. Dies folgt daraus, dass Ersatzlieferung und Nachbesserung nur gewählt werden können, wenn sie verhältnismäßig sind. Das sind Ersatzlieferung und Nachbesserung nur, wenn sie im Vergleich zu dem jeweils anderen Rechtsbehelf die ökonomischere Alternative darstellen. Bei hochwertigen

Gütern wird die Nachbesserung regelmäßig ökonomischer sein als die Ersatzlieferung; bei nicht hochwertigen Massenprodukten ist es in der Regel umgekehrt. Mit diesem Regelungsmodell unterscheidet sich die Richtlinie bei den Rechtsbehelfen stark vom Bürgerlichen Gesetzbuch.

e) Gewährleistungsfristen

Die markanteste und gravierendste Änderung ist die Regelung über die Frist. Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass Artikel 5 Abs. 1 der Richtlinie zwei ganz unterschiedliche Fristen regelt. Dies geht auf die Rechtslage in den anderen Mitgliedstaaten zurück. In den meisten anderen Kaufrechten Europas wird nämlich zwischen einer Frist, in welcher der Mangel auftreten muss, und einer Frist unterschieden, die der gewährleistungsberechtigte Käufer zur Entscheidung darüber erhält, ob er Klage erhebt oder nicht. Das deutsche Recht kennt eine besondere Frist für das Auftreten des Mangels nicht. Faktisch wird sie allerdings durch die Gewährleistungsfrist mit abgedeckt, weil niemand eine Klage wegen eines Mangels erheben wird, der vor Ablauf dieser Frist nicht aufgetreten ist. In Artikel 5 Abs. 1 Satz 2 der Richtlinie wird jetzt auch eine Verjährungsfrist nach deutschem Vorbild zugelassen, die ebenfalls zwei Jahre beträgt und mit Lieferung beginnt. Die Gewährleistungsfrist wird also insgesamt auf zwei Jahre verlängert. Diese Gewährleistungsfrist ist nur beim Kauf gebrauchter Güter verkürzbar.

f) Beweislastumkehr

Im deutschen Recht so nicht bekannt ist die Beweislastumkehr für die ersten sechs Monate nach Lieferung der Kaufsache gemäß Artikel 5 Abs. 3 der Richtlinie. Weist der Käufer nach, dass die Sache einen Fehler hat und dass dieser Fehler innerhalb der ersten sechs Monate aufgetreten ist, dann soll widerleglich vermutet werden, dass der Fehler bereits bei Lieferung der Kaufsache vorhanden war. Dies gilt aber nur dann, wenn die Beweislastumkehr nicht mit der Natur der Kaufsache oder der Vertragswidrigkeit in Widerspruch steht. Eine solche Beweislastumkehr kennt das deutsche Recht bislang nicht.

g) Viehkauf

Die Richtlinie erfasst auch Teilbereiche des Viehkaufs. Der Viehkauf zeichnet sich nach § 481 BGB durch eine besonders starke Verengung der Gewährleistungsrechte aus. Während bei lebenden Tieren im Allgemeinen die normalen Gewährleistungsrechte gelten, sieht das Bürgerliche Gesetzbuch bei bestimmten in § 481 BGB genannten Tierarten für den

Käufer besonders harte und seine Rechte einschränkende Vorschriften vor. Ein Fehler des Tieres gilt nur dann als Mangel im Rechtssinne, wenn es sich um einen Hauptmangel im Sinne der Viehhauptmängelverordnung handelt. Diese Vorschriften werden durch die Richtlinie dann berührt, wenn ein Verbraucher ein derartiges Tier von einem professionellen Verkäufer kauft. Der praktisch häufigste Fall wird der Kauf von Reitpferden und von Schafen sein, die als „lebende Rasenmäher“ erworben werden. Hier hat der Kunde nach deutschem Recht normalerweise nur dann Gewährleistungsrechte, wenn er sich nachweisbar zusichern lässt, dass das Tier nicht nur keine Hauptmängel, sondern auch keine sonstigen Mängel aufweist. Zu diesen bislang nicht anerkannten Mängeln eines Tieres gehört z. B. auch die Krankheit BSE oder die Traberkrankheit (Scrapie), bei deren Vorliegen der Käufer also bei Fehlen einer ausdrücklichen vertraglichen Vereinbarung keine Mängelrechte hat. Diese Rechtslage kann nach der Richtlinie nicht mehr aufrecht erhalten werden. Danach muss die reguläre Gewährleistung auch ohne Zusicherung etwa dann eingreifen, wenn das Pferd lahmt oder durchtrennte Sehnen hat oder wenn das Schaf eine Krankheit hat, die (wie Scrapie) nicht in der Viehhauptmängelverordnung aufgeführt ist. Die Viehkaufregeln müssen deshalb jedenfalls für Verbrauchsgüterkaufverträge aufgehoben werden. Dies gibt Veranlassung, diese Regelung ganz aufzuheben.

h) Rückgriff in der Lieferkette

Nach Artikel 4 der Richtlinie müssen die Mitgliedstaaten einen Rückgriff des Händlers für den Fall regeln, dass er mit Erfolg von dem Verbraucher auf Gewährleistung in Anspruch genommen wird. Die Mitgliedstaaten sind in der Ausgestaltung des Rückgriffs frei. Dazu kann das bestehende nationale oder internationale Kaufrecht ausreichen. Dies muss seiner Struktur nach aber auch einen effektiven Rückgriff erlauben. Die Mitgliedstaten müssen hierzu nach Erwägungsgrund (9) kein zwingendes Recht schaffen.

i) Herstellergarantien

Die Richtlinie regelt nicht, welchen Inhalt die Garantie eines Herstellers hat. Sie stellt in Artikel 6 der Richtlinie aber sicher, dass der Hersteller durch das Versprechen einer Garantie den Kunden nicht in die Irre führt. Zu beobachten ist nämlich, dass die gesetzlichen Gewährleistungsrechte auch in Deutschland oft als Garantie bezeichnet werden, was bei dem Kunden den falschen Eindruck erweckt, als erhalte er besonders günstige Konditionen. Deshalb soll der Kunde in den Garantiebedingungen darauf hingewiesen werden, dass ihm gesetzliche Gewährleistungsrechte zustehen. Die Garantie soll einfach und verständlich sein. Er soll auch die Möglichkeit haben, den Inhalt der Garantien zur Kenntnis zu nehmen, bevor

er die Sache kauft. Entspricht die Garantie diesen Anforderungen nicht, bleibt sie zwar wirksam, Artikel 6 Abs. 5 der Richtlinie; der Hersteller kann aber mit den Instrumenten des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb belangt werden.

2. Richtlinie zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr

Demgegenüber ist der Umsetzungsbedarf bei der Richtlinie zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr gering.

a) Anwendungsbereich

Die Richtlinie betrifft nicht sämtliche Forderungen, sondern nach ihrem Artikel 1 nur Ansprüche auf Zahlung eines (vereinbarten) Entgelts im Geschäftsverkehr. Sie gilt damit nur im Verhältnis von Unternehmern untereinander und von Unternehmern zu öffentlichen Stellen, Artikel 2 Nr. 1 der Zahlungsverzugsrichtlinie, und auch nur für einen Ausschnitt aus den denkbaren Arten von Zahlungsforderungen. Dennoch sollte es Ziel des deutschen Gesetzgebers sein, im Interesse der Übersichtlichkeit und besseren Anwendbarkeit des deutschen Verzugsrechts und der Tradition folgend in möglichst weitgehendem Umfang für jedermann geltende Regelungen beizubehalten und von der Schaffung eines Sonderverzugsrechts abzusehen. So spielt etwa bislang bei den Voraussetzungen des Schuldnerverzugs nach den §§ 284 und 285 BGB die Funktion des Schuldners als „Verbraucher“ oder „Unternehmer“ keine Rolle. Differenzierungen geringfügiger Art finden sich im geltenden Recht lediglich bezogen auf die Art der Forderung: So enthält der mit dem Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen vom 30. März 2000 (BGBl. I S. 330) eingefügte § 284 Abs. 3 BGB eine Sonderregel für den Verzug des Schuldners mit der Erfüllung von Geldforderungen. Das Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen hat aber andererseits auch eine bis dahin in § 352 Abs. 1 Satz 1 HGB enthaltene Sonderregel für die Höhe des Verzugszinssatzes bei beiderseitigen Handelsgeschäften beseitigt und so bei den Verzugsfolgen für eine größere Einheitlichkeit gesorgt.

Die Umsetzung der Zahlungsverzugsrichtlinie gibt keine Veranlassung, diese Grundstruktur des deutschen Verzugsrechts zu ändern, zumal der Umsetzungsbedarf insbesondere nach Inkrafttreten des Gesetzes zur Beschleunigung fälliger Zahlungen äußerst gering ist.

Das bedeutet nicht, dass nicht in einzelnen Punkten eine differenzierende Regelung notwendig wird. An dieser Stelle sei im Vorgriff auf den besonderen Teil der Begründung bereits für die Verzugsvoraussetzungen auf § 286 Abs. 3 Satz 2 BGB-RE (Sonderregel für Verbrau-

cher) und für die Verzugsfolgen auf § 288 Abs. 2 BGB-RE (besonderer, höherer Verzugszinssatz für Unternehmer) hingewiesen.

b) Verzugsvoraussetzungen

Nach Artikel 3 Abs. 1 Buchstabe a der Zahlungsverzugsrichtlinie ist für die Verpflichtung zur Zahlung von Verzugszinsen zunächst die vertragliche Vereinbarung über einen Zahlungstermin oder eine Zahlungsfrist maßgeblich. Das entspricht im Wesentlichen § 284 Abs. 2 Satz 1 BGB, dem zufolge es einer Mahnung nicht bedarf, wenn für die Leistung eine Zeit nach dem Kalender bestimmt ist und der Schuldner zu der bestimmten Zeit nicht leistet. Dies wird in § 286 Abs. 2 Nr. 1 BGB-RE übernommen und durch Verallgemeinerung des Gedankens aus § 286 Abs. 2 Satz 2 BGB auf die Fälle der Berechenbarkeit der Leistungszeit nach dem Kalender erweitert (vgl. § 286 Abs. 2 Nr. 2 BGB-RE). Im Übrigen ist bereits der im geltenden Recht die Verzugsvoraussetzungen regelnde § 284 BGB in den Grenzen des AGB-Gesetzes (vgl. insbesondere § 11 Nr. 4 AGBG) dispositiv, so dass auch im geltenden Recht bereits der von der Zahlungsverzugsrichtlinie vorausgesetzte Vorrang der vertraglichen Vereinbarung zum Ausdruck kommt.

Kern der Regelung der Verzugsvoraussetzungen in der Zahlungsverzugsrichtlinie ist die Bestimmung in Artikel 3 Abs. 1 Buchstabe b. Nach dessen Unterabsatz i muss die Verpflichtung zur Zahlung von Verzugszinsen nach erfolglosem Ablauf von 30 Tagen nach Zugang einer Rechnung oder gleichwertigen Zahlungsaufforderung einsetzen. Diese Regelung ist für Geldforderungen in § 284 Abs. 3 BGB geregelt, der durch das Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen eingefügt worden ist. Auch wenn hier noch gewisse Änderungen vorgenommen werden sollen (vgl. im Einzelnen die Begründung zu § 286 BGB-RE), ergibt sich jedenfalls ein Umsetzungsbedarf für das deutsche Recht nicht. Dasselbe gilt für Artikel 3 Abs. 1 Buchstabe b, Unterabsätze ii bis iv der Zahlungsverzugsrichtlinie, die besondere Ausformungen der 30-Tages-Regelung in besonderen Situationen enthalten. Im Einzelnen ist auch dies in der Begründung zu § 286 BGB-RE ausgeführt.

Keiner besonderen Umsetzung bedarf weiter Artikel 3 Abs. 3 der Richtlinie. Danach müssen die Mitgliedstaaten bestimmen, dass der Schuldner solche Vereinbarungen nicht geltend machen kann, die den Gläubiger entgegen den Bestimmungen der Richtlinie über den Verzugseintritt grob benachteiligen. Statt der Nichtigkeit einer entsprechenden Vereinbarung kann das nationale Recht auch einen Schadensersatzanspruch des Schuldners vorsehen. Im deutschen Recht wird dies durch die Inhaltskontrolle von allgemeinen Geschäftsbedingungen, in denen derartige Vereinbarungen im Geschäftsverkehr typischerweise enthalten

sind, sichergestellt. Gemäß § 307 Abs. 1 BGB-RE (entspricht bisher § 9 Abs. 1 AGBG) sind nämlich Bestimmungen in allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam, die den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Für den praktisch kaum anzutreffenden Fall einer individualvertraglichen Vereinbarung ist ein ausreichender Schutz des benachteiligten Vertragspartners über § 138 Abs. 1 BGB (Nichtigkeit des sittenwidrigen Rechtsgeschäfts) gegeben.

Artikel 3 Abs. 4 und 5 der Zahlungsverzugsrichtlinie sieht noch vor, dass im nationalen Recht „angemessene und wirksame Mittel“ vorhanden sein müssen, um die Verwendung von den Gläubiger grob benachteiligenden Klauseln zu verhindern. Auch insoweit besteht kein Umsetzungsbedarf, weil die entsprechenden Instrumente bereits durch den Unterlassungsanspruch des § 13 AGBG gegeben sind, der künftig in dem Unterlassungsklagengesetz (= Artikel 3 dieses Entwurfs) aufgeht.

c) Verzugsfolgen

aa) Verzugszinssatz

Der Verzugszinssatz für Geldforderungen beträgt nach Artikel 3 Abs. 1 Buchstabe d der Zahlungsverzugsrichtlinie sieben Prozentpunkte über dem Zinssatz für Hauptrefinanzierungsgeschäfte der Europäischen Zentralbank am ersten Bankgeschäftstag eines jeden Kalenderhalbjahres. Demgegenüber beträgt der Verzugszinssatz in Deutschland nach dem geltenden § 288 Abs. 1 Satz 1 BGB seit dem Inkrafttreten des Gesetzes zur Beschleunigung fälliger Zahlungen fünf Prozentpunkte über dem Basiszinssatz. Dieser bleibt nicht nur bei der Marge hinter den europäischen Anforderungen zurück. Dies gilt auch für die Bezugsgröße. Die europäische Bezugsgröße liegt ca. einen Prozentpunkt über dem Basiszinssatz. Der sich hieraus ergebende Anpassungsbedarf besteht allerdings nicht generell, sondern nur für Rechtsgeschäfte zwischen Unternehmern oder zwischen Unternehmern und juristischen Personen des öffentlichen Rechts oder öffentlich-rechtlichen Sondervermögen.

bb) Beitreibungskosten

Artikel 3 Abs. 1 Buchstabe e der Zahlungsverzugsrichtlinie bestimmt, dass der Gläubiger einen Anspruch gegen den Schuldner auf Ersatz aller durch den Zahlungsverzug des Schuldners hervorgerufenen „Beitreibungskosten“ haben muss. Auch insoweit besteht für Deutschland kein Umsetzungsbedarf, weil sich ein derartiger Anspruch auf Schadensersatz bereits nach geltendem Recht aus § 286 Abs. 1 BGB, künftig § 280 Abs. 1 BGB-RE ergibt.

Unter den dort genannten Voraussetzungen sind auch die verzugsbedingten Rechtsverfolgungskosten zu ersetzen.

cc) Eigentumsvorbehalt

Nach Artikel 4 der Zahlungsverzugsrichtlinie haben die Mitgliedstaaten den einfachen Eigentumsvorbehalt anzuerkennen. Dies ist in Deutschland umfassend der Fall, vgl. bisher § 455 BGB, künftig § 448 BGB-RE. Umsetzungsbedarf besteht nicht.

dd) Beitreibungsverfahren

Nach Artikel 5 der Zahlungsverzugsrichtlinie haben die Mitgliedstaaten sicherzustellen, dass der Gläubiger einer unstreitigen und unbestritten bleibenden Geldforderung in der Regel innerhalb von 90 Tagen einen Vollstreckungstitel erhalten kann. Umsetzungsbedarf ergibt sich auch insoweit nicht. Die Vorgaben der Richtlinie sind in Deutschland bereits durch die Vorschriften über das gerichtliche Mahnverfahren (§§ 688 ff. ZPO), das Vorbild für diese Regelung in Artikel 5 der Richtlinie war, und durch die Bestimmungen über das Säumnisverfahren (§ 331 ZPO) erfüllt.

3. Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr

Artikel 10, 11 und 18 der E-Commerce-Richtlinie sind vollständig in das deutsche Recht umzusetzen. Die Richtlinie, die im Übrigen durch den „Entwurf eines Gesetzes über rechtliche Rahmenbedingungen für den elektronischen Geschäftsverkehr" (BR-Drs. 136/01) umgesetzt wird, schafft die wesentlichen wirtschafts- und zivilrechtlichen Rahmenbedingungen für den elektronischen Geschäftsverkehr (Internet und andere Informations- und Kommunikationsdienste).

a) Vorvertragliche Informationspflichten

Artikel 10 der Richtlinie regelt bestimmte Informationspflichten des Unternehmers, der sich zum Absatz seiner Waren und Dienstleistungen eines Dienstes der Informationsgesellschaft bedient, gegenüber seinem – künftigen - Vertragspartner. Hierzu gehört auch, dass er diesem gemäß Artikel 10 Abs. 3 der Richtlinie die Vertragsbedingungen einschließlich der Allgemeinen Geschäftsbedingungen so zur Verfügung stellen muss, dass der Kunde diese abrufen und speichern kann.

Zwar sind einige der in Artikel 10 aufgeführten vorvertraglichen Informationspflichten dem deutschen Recht bereits aus dem Fernabsatzgesetz bekannt. Die E-Commerce-Richtlinie hat jedoch einen vom Fernabsatzgesetz abweichenden Anwendungsbereich; insbesondere ist sie nicht auf Rechtsbeziehungen zwischen Unternehmern und Verbrauchern beschränkt, sondern findet vielmehr auch und gerade auf reine Unternehmerbeziehungen Anwendung. Es ist daher eine horizontale Regelung erforderlich

b) Abgabe einer elektronischen Bestellung

Artikel 11 der Richtlinie regelt nicht die Frage des Zustandekommens eines Vertrags auf elektronischem Weg; dieses richtet sich vielmehr weiterhin nach den allgemeinen Regeln des nationalen Rechts. Die Richtlinie bestimmt in Artikel 11 nur besondere Pflichten des Unternehmers, der die Bestellung entgegennimmt. So hat er nach Absatz 2 technische Mittel zur Eingabefehlererkennung und –beseitigung vor Abgabe der Bestellung zur Verfügung zu stellen. Nach Absatz 1 muss er der anderen Partei den Eingang der Bestellung unverzüglich bestätigen, damit die andere Partei sicher sein kann, dass ihre Bestellung beim Adressaten angekommen ist.

c) Unterlassungsklage

Gemäß Artikel 18 Abs. 2 wird die E-Commerce-Richtlinie in den Anhang der Richtlinie 98/27/EG über Unterlassungsklagen aufgenommen, welcher deren Anwendungsbereich konkretisiert. Als Regelungen, die im Sinne der Unterlassungsklagenrichtlinie die Kollektivinteressen der Verbraucher schützen, sind hier die Artikel 5, 10 und 11 anzusehen, weil diese besondere, auf den elektronischen Geschäftsverkehr bezogene Informationspflichten vorsehen und die Informationspflicht – neben dem Widerrufsrecht - eines der klassischen Verbraucherschutzinstrumente auf EG-Ebene darstellt. Zwar ist die deutsche Umsetzungsregelung zur Unterlassungsklagenrichtlinie in § 22 AGBG (jetzt § 2 Unterlassungsklagengesetz – UklaG) offen („insbesondere“) formuliert, so dass eine ausdrückliche Umsetzung von Artikel 18 nicht erforderlich ist. Aus Gründen der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit sollen die maßgeblichen Vorschriften der E-Commerce-Richtlinie jedoch ausdrücklich aufgenommen werden.

III. Zusatzproblem: Mängel des geltenden Schuld- und Verjährungsrechts

1. Allgemeines Leistungsstörungsrecht

Das Leistungsstörungsrecht betrifft Fragen, die zu den wichtigsten des Schuldrechts gehören. Ob es um Kauf- oder Werkverträge, um Reiseverträge oder Leasingverträge, um Verlagsverträge, Gesellschaftsverträge oder Kreditsicherungsvereinbarungen geht - überall muss das Schuldrecht eine Antwort auf die Frage geben, welche Ansprüche einer Vertragspartei zustehen, wenn der andere Teil den Vertrag gar nicht, nicht vollständig, nicht richtig, nicht rechtzeitig, nicht am rechten Ort oder auf sonstige Weise fehlerhaft erfüllt hat. Um so ernster ist es zu nehmen, dass nach allgemeiner Ansicht die Regeln des Bürgerlichen Gesetzbuchs über das Leistungsstörungsrecht in wichtigen Teilen nicht als gelungen bezeichnet werden können. Im folgenden soll gezeigt werden, worin die wesentlichen Mängel des Leistungsstörungsrechts bestehen und dass auch die Rechtsprechung mit den ihr zu Gebote stehenden Mitteln diese Mängel nicht auf überzeugende Weise hat beseitigen können. Ferner soll ein Blick auf das für die Bundesrepublik Deutschland in Kraft getretene Recht der internationalen Warenkaufverträge zeigen, dass dort ein Regelungsmodell verwirklicht worden ist, das auch für eine Neuregelung des Leistungsstörungsrechts im innerstaatlichen Bereich nutzbar gemacht werden kann.

Unmöglichkeit der Leistung als zentrales Merkmal des geltenden Leistungsstörungsrechts

Im Mittelpunkt des geltenden Leistungsstörungsrechts steht der Begriff der „Unmöglichkeit der Leistung“. Damit wird ein Fall zum Ausgangspunkt der gesetzlichen Regelung gewählt, der nicht nur selten auftritt, sondern überhaupt nur bei ganz bestimmten Schuldverhältnissen auftreten kann, so etwa beim Spezieskauf, wenn das verkaufte Einzelstück zerstört wird oder bei Dienst- und Werkverträgen, wenn die Erbringung der geschuldeten Dienst- oder Werkleistung „unmöglich“ wird, etwa weil der Schuldner erkrankt oder sein Betrieb behördlich geschlossen oder durch ein Feuer vernichtet wird. Dadurch, dass § 306 BGB einen Vertrag als nichtig bezeichnet, der auf eine von Anfang an „objektiv“ unmögliche Leistung gerichtet ist, wird es weiterhin erforderlich, zwischen anfänglicher und nachträglicher und ferner zwischen objektiver Unmöglichkeit und „subjektivem“ Unvermögen zu differenzieren; hinzu kommt noch die Unterscheidung zwischen vollständiger und teilweiser und zwischen endgültiger und vorübergehender Unmöglichkeit und schließlich in allen genannten Fällen die weitere Unterscheidung danach, ob die Unmöglichkeit oder das Unvermögen nur vom Schuldner, nur vom Gläubiger, von beiden Vertragsparteien oder von keiner von ihnen zu vertreten ist.

Einig ist man sich heute darüber, dass die Regelung des § 306 BGB missglückt ist. In den Fällen, in denen die in dieser Vorschrift angeordnete Nichtigkeitsfolge und die Beschränkung der Haftung des Schuldners auf das negative Interesse (§ 307 BGB) als unangemessen erscheinen und auch nicht der Sonderfall des Verkaufs einer nichtexistenten Forderung vorliegt (§ 437 BGB), liest die Rechtsprechung aus den Umständen des Falles heraus, dass der Schuldner eine Garantie für die Erbringbarkeit der von ihm versprochenen Leistung übernommen hat. Hinzu kommt, dass eine Regelung des anfänglichen „subjektiven" Unvermögens überhaupt fehlt und die inzwischen von der Rechtsprechung nachgeschobene Lösung dieses Falltyps auch heute noch im Schrifttum lebhaft umstritten ist. Auffällig ist ferner, dass die „vorübergehende" Unmöglichkeit nur insoweit geregelt ist, als es sich um eine anfängliche und objektive Unmöglichkeit handelt (§ 308 BGB), nicht hingegen insoweit, als die Unmöglichkeit erst nachträglich eintritt oder zwar von Anfang an vorliegt, aber nur für den konkreten Schuldner, nicht für andere Schuldner in gleicher Lage gegeben ist. Die Unterscheidung zwischen den verschiedenen Arten der Unmöglichkeit und des Unvermögens - beide Begriffe werden nirgends definiert und sind wohl auch gar nicht definierbar - bildet eine ständige Quelle von Abgrenzungsstreitigkeiten, deren befriedigende Lösung daran scheitert, dass eine plausible rechtspolitische Rechtfertigung der unterschiedlichen Rechtsfolgen, die je nach der getroffenen Wahl eintreten, nicht erkennbar ist (vgl. dazu auch Huber, Gutachten S. 757 f.).

Ergänzung des geltenden Rechts durch Richterrecht

Die Rechtsinstitute der positiven Forderungsverletzung, des Verschuldens bei Vertragsanbahnung und des Wegfalls der Geschäftsgrundlage sind jedem Juristen geläufige Beispiele dafür, dass die Rechtsprechung das geschriebene Leistungsstörungsrecht auf breiter Front ergänzt und weiterentwickelt hat. Hierher gehört auch die Kündigung aus wichtigem Grund, die in den §§ 554a, 626, 723 BGB für einzelne Vertragstypen geregelt ist, von der Rechtsprechung aber auch sonst zugelassen wird, sofern das Vertragsverhältnis der Parteien sich als ein Dauerschuldverhältnis darstellt. Zwar kann es nicht die Aufgabe des Gesetzgebers sein, jede von der Rechtsprechung entwickelte Regel in Gesetzesform zu gießen. Wohl aber stellt sich die Frage, ob dies nicht jedenfalls dort geboten ist, wo das in Rede stehende Richterrecht für die Entscheidung praktischer Fragen in der täglichen Rechtsanwendung von grundlegender Bedeutung ist und eine befriedigende gesetzliche Regelung möglich erscheint.

Das Rechtsinstitut der positiven Forderungsverletzung belegt besonders deutlich, dass das kodifizierte Leistungsstörungsrecht in sehr wichtigen Bereichen der praktischen Rechtsan-

wendung unvollkommen ist. Rechtsprechung und Schrifttum weisen diesem Rechtsinstitut zwei Aufgaben zu, die durchaus unterschiedliche Regelungsprogramme betreffen. Zum einen wird die positive Forderungsverletzung auf Fälle angewandt, in denen zwar weder Unmöglichkeit der Leistung noch Leistungsverzug vorliegen, der Schuldner aber die ihm obliegende Leistung „schlecht", also in anderer als der vertragsmäßig geschuldeten Weise erbracht oder sonstige vertragliche Pflichten verletzt und dadurch dem Gläubiger einen Schaden zugefügt hat. Zum anderen ermöglicht dieses Rechtsinstitut, dass der vertragstreue Teil bei einer wesentlichen Vertragsverletzung Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Vertrags verlangen oder vom Vertrage zurücktreten kann. So liegt es z. B., wenn der Schuldner die Erfüllung des Vertrags ernsthaft oder endgültig verweigert oder wenn er sich in anderer Weise vertragswidrig verhalten hat und dadurch die (weitere) ordnungsmäßige Erfüllung des Vertrags ernstlich gefährdet erscheint. Hier erweitert die positive Forderungsverletzung die Voraussetzungen, unter denen gemäß §§ 325, 326 BGB ein Gläubiger vom Vertrag Abstand nehmen oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen kann.

Das Nebeneinander von gesetzlich geregelten und ungeschriebenen, von der Rechtsprechung entwickelten Ansprüchen wegen Leistungsstörung könnte vielleicht hingenommen werden, wenn diese Ansprüche gegeneinander klar abgegrenzt werden könnten und die unterschiedlichen Rechtsfolgen, zu denen sie führen, eine einleuchtende rechtspolitische Grundlage hätten. So verhält es sich indessen keineswegs. Insbesondere ist es die Konkurrenz zwischen den (geschriebenen) Gewährleistungsansprüchen und den (ungeschriebenen) Ansprüchen aus positiver Forderungsverletzung, die in der gerichtlichen Praxis zu mancherlei Unklarheiten und Ungereimtheiten geführt hat. Sie haben ihren Grund im wesentlichen darin, dass für Schadensersatzansprüche, die gemäß §§ 463, 635 BGB wegen der Lieferung fehlerhafter Waren oder der Erbringung einer fehlerhaften Werkleistung geltend gemacht werden, eine relativ klare, wenn auch für Kauf- und Werkverträge durchaus unterschiedliche gesetzliche Regelung gegeben ist.

An einer solchen Regelung fehlt es, soweit es um Ansprüche aus positiver Forderungsverletzung geht. Zweifelhaft kann deshalb nicht nur sein, ob überhaupt neben den Ansprüchen aus §§ 463, 635 BGB ein Anspruch aus positiver Forderungsverletzung zulässig ist. Zweifelhaft kann auch sein, ob und wie man Ansprüche aus positiver Forderungsverletzung - ihre Zulässigkeit unterstellt - nach ihren Voraussetzungen, nach dem Umfang des zu ersetzenden Schadens und nach den für sie geltenden Verjährungsfristen „modifizieren" muss, um allzu offensichtliche Widersprüche zu den gesetzlich geregelten Ansprüchen zu vermeiden.

So haftet ein Verkäufer gemäß § 463 BGB auf Schadensersatz nur dann, wenn der verkauften Ware eine zugesicherte Eigenschaft fehlt oder er den Käufer über die Beschaffenheit der Ware arglistig getäuscht hat. Aus einer positiven Forderungsverletzung lassen sich Schadensersatzansprüche des Käufers hingegen schon dann herleiten, wenn der Fehler der Ware auf bloßer Fahrlässigkeit des Verkäufers beruht. Hier kann man schon gute Gründe dafür finden, dass neben den Schadensersatzansprüchen aus § 463 BGB kein Platz für Ansprüche aus positiver Forderungsverletzung bleibt. Die Rechtsprechung entscheidet zwar seit langer Zeit anders. Den Wertungswidersprüchen, die sich daraus ergeben, hat sie jedoch dadurch Rechnung zu tragen versucht, dass sie einerseits den Begriff des „Mangelfolgeschadens“ entwickelt hat und den Verkäufer aus positiver Forderungsverletzung nicht auf Ersatz des „eigentlichen Mangelschadens“, sondern nur auf Ersatz der „Mangelfolgeschäden“ haften lässt und dass sie andererseits die Verjährungsfrist des § 477 BGB auf Ansprüche aus positiver Forderungsverletzung überträgt.

Beide Einschränkungen sollen freilich nur dann gelten, wenn sich das Verschulden des Verkäufers, auf das es für seine Haftung aus positiver Forderungsverletzung ankommt, auf eine Eigenschaft der Kaufsache bezieht. Hat also der Verkäufer eine Betonbereitungsanlage geliefert, deren Mischdüse fehlerhaft ist, so haftet er, wenn er diesen Mangel bei der gebotenen Ablieferungsinspektion schuldhaft nicht entdeckt hat, auf Ersatz des dem Käufer dadurch entstehenden „Mangelfolgeschadens“, sofern nicht die Verjährungsfrist des § 477 BGB abgelaufen ist und der Verkäufer sich auf Verjährung berufen hat. Hat der Verkäufer es hingegen schuldhaft unterlassen, in seiner Betriebsanleitung einen Hinweis auf die richtige Wartung der Mischdüse zu geben, so kann der Käufer nicht nur den gesamten, ihm dadurch entstandenen Schaden ersetzt verlangen, sondern mit der Geltendmachung dieses Anspruchs auch noch dreißig Jahre warten, weil statt des § 477 BGB in diesem Falle die Regelung des § 195 BGB anzuwenden ist. Eine innere Rechtfertigung für diesen Unterschied ist nicht ersichtlich. Noch anders zieht die Rechtsprechung die Grenzlinie zwischen der Haftung des Werkunternehmers aus §§ 635, 638 BGB einerseits und aus positiver Forderungsverletzung andererseits. Auch diese Grenzziehung ist mit vielen Unsicherheiten belastet.

Ähnliche, wenn auch weniger schwerwiegende Fragen ergeben sich bei der Haftung aus Verschulden bei Vertragsanbahnung. Mit ihr wird heute ein ganzes Bündel durchaus unterschiedlicher Fallgruppen gelöst. Sie reichen von der Verletzung vorvertraglicher Informations- und Hinweispflichten über die Haftung für die Folgen eines Unfalls, den jemand während der Führung von Vertragsverhandlungen durch eine Sorgfaltspflichtverletzung seines Vertragspartners erleidet, bis hin zur Prospekthaftung der Gründer und Initiatoren von Anlagegesellschaften. Auch hier kann es zu Abgrenzungsfragen kommen, so etwa dann, wenn

der Verkäufer bei den Vertragsverhandlungen die gebotene Aufklärung über die Eigenschaften der Kaufsache schuldhaft unterlassen hat (vgl. BGHZ 60, 319) oder wenn er beim Verkauf eines Unternehmens unrichtige Angaben über dessen Reinertrag gemacht hat und die Rechtsprechung dem Käufer zwar Gewährleistungsansprüche versagt, ihm aber mit einem Anspruch aus Verschulden bei Vertragsanbahnung mit weit längerer Verjährungsfrist hilft (vgl. BGH, NJW 1977, 1538).

Gesetzlicher Rücktritt vom Vertrag

Die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über den gesetzlichen Rücktritt vom Vertrag genügen in verschiedener Hinsicht nicht den praktischen Anforderungen.

Unbefriedigend ist zunächst der Grundsatz, dass Rücktritt und Schadensersatz einander ausschließen. Das bedeutet insbesondere, dass der Gläubiger, der gemäß §§ 325, 326 BGB den Rücktritt vom Vertrag wirksam erklärt hat, nicht mehr Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Vertrags verlangen kann. Da diese Lösung nicht den praktischen Bedürfnissen entspricht, hat sie der BGH z. B. durch die Annahme korrigiert, dass die Erklärung des Rücktritts, selbst wenn sie von einem Rechtsanwalt abgegeben ist, unklar und auslegungsbedürftig sei, sofern in ihr irgendwie erkennbar werde, dass Schadensersatzansprüche vorbehalten seien; in diesem Falle sei Rücktritt zwar erklärt, aber nicht wirklich gewollt (vgl. BGH, NJW 1982, 1279, 1280). Hat der Gläubiger umgekehrt Schadensersatz verlangt, so kann er diesen Anspruch mit den Folgen eines Rücktritts kombinieren, indem er den Ersatzanspruch nach der Differenzmethode berechnet (vgl. dazu im einzelnen Huber, Gutachten S. 713 ff.).

Schwierigkeiten bereitet auch der in § 325 BGB und in §§ 326, 285 BGB festgeschriebene Grundsatz, dass ein Gläubiger vom Vertrag nur dann zurücktreten kann, wenn der Schuldner die Nichterfüllung zu vertreten hat. Dieses Erfordernis ist sinnvoll für einen Anspruch des Gläubigers auf Schadensersatz. Sein Recht zum Rücktritt vom Vertrag sollte hingegen allein davon abhängen, ob ihm nach den Umständen noch zugemutet werden kann, trotz des Ausbleibens der ihm gebührenden Leistung am Vertrag weiterhin festgehalten zu werden und die eigene Leistung weiterhin bereitzuhalten. Ist das nicht der Fall, so muss er auch dann zurücktreten können, wenn dem Schuldner aus Gründen, die er nicht zu vertreten hat, die Erbringung der geschuldeten Leistung zur Zeit unmöglich ist. In manchen Fällen gestattet das geltende Recht dem Gläubiger zwar einen Rücktritt unabhängig davon, ob der Schuldner die Nichterfüllung zu vertreten hat. So verhält es sich z. B. beim Fixgeschäft (§ 361 BGB) und bei einem Rücktritt (= Wandelung), der gemäß § 462 BGB auf einen Fehler der Kaufsache oder gemäß § 636 BGB auf die nicht rechtzeitige Herstellung des Werks gestützt wird. In

den übrigen Fällen muss aber die Rechtsprechung immer wieder auf Hilfskonstruktionen zurückgreifen, um ein vernünftiges Ergebnis zu erzielen (vgl. auch dazu Huber, Gutachten S 702 f.).

Auch die Rechtsfolgen, zu denen die Erklärung des Rücktritts oder der Wandelung führt, haben in der Praxis viele Probleme aufgeworfen. Allgemein anerkannt ist, dass die Haftung nach § 347 BGB für denjenigen zu streng ist, der von einem gesetzlichen Rücktritts- oder Wandelungsrecht Gebrauch gemacht hat. Während beim vertraglichen Rücktrittsrecht stets mit der Möglichkeit des Rücktritts gerechnet werden muss, kann der Berechtigte beim gesetzlichen Rücktritts- oder Wandelungsrecht von der Endgültigkeit seines Erwerbs ausgehen, solange er nicht weiß, dass die tatsächlichen Voraussetzungen eines Rücktritts- oder Wandelungsrechts gegeben sind. Vor Erlangung dieser Kenntnis ist die strenge Haftung aus § 347 BGB nicht angebracht. Nicht überzeugend ist auch, dass nach der Regelung des § 350 BGB die mit Übergabe der Sache auf den Käufer übergegangene Gefahr des zufälligen Untergangs im Fall des Rücktritts auf den Verkäufer zurückspringt.

Das Regelungsmodell des UN-Kaufrechts

Das Leistungsstörungsrecht des UN-Kaufrechts ist für den Bereich des internationalen Kaufs beweglicher Sachen seit dem 1. 1. 1991 geltendes innerstaatliches Recht. Seine Regeln vermeiden viele Mängel, die - wie dargestellt - dem Leistungsstörungsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs anhaften:

- Es kommt ohne Vorschriften aus, die an die Unmöglichkeit der Leistung anknüpfen. Verträge über Leistungen, die bereits zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses objektiv unmöglich waren, sind abweichend von der Regel des § 306 BGB wirksam. Die Unmöglichkeit der Leistung - handele es sich um anfängliche oder nachträgliche, objektive oder subjektive, zu vertretende oder nicht zu vertretende Unmöglichkeit - wird vom UN-Kaufrecht als einer der möglichen Fälle der Nichterfüllung des Vertrags von den dafür geltenden allgemeinen Vorschriften miterfasst (vgl. Artikel 45 ff., 61 ff. UN-Kaufrecht).

- Der Vorrang der Erfüllung ist nach dem UN-Kaufrecht dadurch sichergestellt, dass der Käufer zur Auflösung des Vertrags nur dann berechtigt ist, wenn entweder das vertragswidrige Verhalten des Verkäufers eine „wesentliche Vertragsverletzung“ darstellt oder im Falle der Nichtleistung der Käufer dem Verkäufer erfolglos eine angemessene

Nachfrist zur Erfüllung seiner Pflichten gesetzt hat (vgl. Artikel 47 Abs. 1, 49 Abs. 1 UN-Kaufrecht).

- Der Käufer verliert das Recht, Schadensersatz zu verlangen, nicht dadurch, dass er andere Rechtsbehelfe ausübt, insbesondere die Aufhebung des Vertrags erklärt (vgl. Artikel 45 Abs. 2 UN-Kaufrecht).

- Das Recht des Käufers zur Aufhebung des Vertrags setzt nicht voraus, dass der Verkäufer die Nichterfüllung seiner Pflichten zu vertreten hat oder dass sie ihm aus besonderen Gründen zuzurechnen ist. Anders liegt es nur in dem Ausnahmefall, in dem es der Käufer selbst ist, der durch sein Verhalten die Nichterfüllbarkeit der Verkäuferpflichten verursacht hat (vgl. Artikel 49 Abs. 1, 79 Abs. 1, 80 UN-Kaufrecht).

Richtig ist, dass das Leistungsstörungsrecht des UN-Kaufrechts überwiegend zu den gleichen Ergebnissen führt, wie sie nach geltendem deutschen Recht im Zusammenwirken von gesetzlicher Regelung, Rechtsprechung und Vertragspraxis erzielt werden. Der entscheidende Unterschied besteht darin, dass das UN-Kaufrecht die Grundprinzipien, von denen sein Leistungsstörungsrecht geleitet ist, in klaren, verständlichen, widerspruchsfreien und rechtspolitisch einleuchtenden Regeln niedergelegt hat und dadurch der Praxis - insbesondere der Rechtsprechung - die Aufgabe wesentlich erleichtert wird, zu erkennen, ob der konkrete zur Beurteilung stehende Fall von dieser oder jener Regelung erfasst wird oder nicht. Zugleich werden die nicht einleuchtenden Ergebnisse vermieden, die sich im Rahmen des Bürgerlichen Gesetzbuchs für einige Teilbereiche ergeben haben. Das Konzept des UN-Kaufrechts sollte deshalb bei der Reform des Leistungsstörungsrechts Beachtung finden und kann in vielen Regelungsbereichen als Vorbild dienen. Auch wäre es auf die Dauer misslich, wenn im geltenden deutschen Recht die Voraussetzungen und Folgen von Leistungsstörungen durch zwei ganz unterschiedliche Normensysteme geregelt würden.

2. Kauf- und Werkvertragsrecht

Im Kauf- und Werkvertragsrecht sind es in erster Linie die Vorschriften über die Gewährleistungsansprüche, die einer Überarbeitung bedürfen. Sie erscheint zum einen deshalb dringend erforderlich, weil das Verhältnis zwischen diesen Ansprüchen und den Ansprüchen, die dem Käufer oder Besteller nach allgemeinem Leistungsstörungsrecht zustehen, weithin ungeklärt ist und in der Praxis zu einer Fülle von Zweifelsfragen und nicht überzeugenden Ergebnissen geführt hat. Überarbeitungsbedürftig sind die Vorschriften - insbesondere über die Verkäuferhaftung - aber auch deshalb, weil sich die Produktionstechniken, Vertriebsformen

und Absatzmodalitäten seit dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs wesentlich verändert haben. Neben Kaufverträgen über Einzelstücke und Gattungssachen von verhältnismäßig einfacher Beschaffenheit und geringem Schadenspotential, mit denen die Verfasser des Bürgerlichen Gesetzbuchs vorwiegend gerechnet haben, ist heute der Kauf von Waren getreten, die technisch kompliziert und deren Mängel bei Ablieferung daher nur schwer feststellbar sind, spät hervortreten und zu erheblichen Folgeschäden führen können. Dadurch ist das Bedürfnis entstanden, das Wandelungs- und Minderungsrecht des Käufers durch ein Nachbesserungsrecht des Käufers und ein Recht des Verkäufers zur „zweiten Andienung“ zu ergänzen. Schließlich erscheint eine Überarbeitung der Vorschriften über die Gewährleistungsansprüche des Käufers auch deshalb angezeigt, weil diese Vorschriften sich erheblich von den funktionsgleichen Regeln des UN-Kaufrechts unterscheiden.

Das Gewährleistungsrecht als Gegenstand einer selbständigen Regelung

Die Gewährleistungsansprüche werden vom geltenden Recht nur insoweit mit dem allgemeinen Leistungsstörungsrecht verzahnt, als es um die Haftung des Verkäufers und Werkunternehmers für Rechtsmängel geht (vgl. §§ 440 Abs. 1, 651 Abs. 1 BGB). Soweit es hingegen um Sachmängel geht, hat das Bürgerliche Gesetzbuch an eine aus dem römischen Recht stammende Tradition angeknüpft und in §§ 459 ff., 633 ff. BGB eine eigenständige Regelung getroffen, die - besonders im Kaufrecht - unverbunden neben dem allgemeinen Leistungsstörungsrecht steht. Die fehlende Abstimmung zwischen diesen beiden Regelungskomplexen bildet seit dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs eine unerschöpfliche Quelle von Streitigkeiten. Die Rechtsprechung, die sich in zahlreichen Entscheidungen mit den dadurch aufgeworfenen Fragen hat beschäftigen müssen, ist heute nur für einen Spezialisten - und manchmal auch für ihn nicht mehr - übersehbar. Dies hat zu großer Rechtsunsicherheit, manchmal auch zu unverständlichen Entscheidungen geführt und jedenfalls einen Zustand geschaffen, der nicht nur im Schrifttum lebhaft kritisiert, sondern auch von manchen der Wirtschaft nahestehenden Verbänden nachdrücklich beanstandet worden ist und sogar den BGH in einzelnen Fällen nach der ordnenden Hand des Gesetzgebers hat rufen lassen (vgl. z. B. BGHZ 77, 215, 223, wo unter Hinweis auf Artikel 39, 49 EKG eine Änderung des § 477 BGB empfohlen wird).

Stellvertretend mag dies am Beispiel einer einzigen Streitfrage verdeutlicht werden, die seit Jahrzehnten diskutiert wird und einer allseits überzeugenden Lösung vermutlich gar nicht zugänglich ist: Es ist dies die Frage nach der richtigen Abgrenzung zwischen der Lieferung einer anderen als der verkauften Ware (Aliud-Lieferung) und der Lieferung einer fehlerhaften Ware. Im ersteren Fall steht dem Käufer von Gattungssachen der allgemeine Erfüllungsan-

spruch zu; auch kann er, sofern die Lieferung der richtigen Ware unmöglich geworden oder trotz Nachfristsetzung unterblieben ist, die Rechte aus §§ 325 f. BGB gegen den Verkäufer geltend machen. Auch im zweiten Fall kann der Käufer Nachlieferung verlangen, dies allerdings nur in der Frist des § 477 BGB; hat er die Waren angenommen, so stehen ihm in diesem Falle lediglich die Gewährleistungsansprüche aus §§ 480, 459 ff. BGB zu, die ebenfalls in der kurzen Frist des § 477 BGB verjähren. Dieser Unterschied hat dazu geführt, dass die Frage gestellt werden musste, ob für die Herstellung von Tornistern geliefertes Ziegenfell als „fehlerhaftes“ Kalbfell (RG, JW 1917, 710), ob Winterweizen als „fehlerhafter“ Sommerweizen (BGH, NJW 1968, 640), ob Inlandsschrott als „fehlerhafter“ Importschrott (BGH, NJW 1969, 787) oder ob - so noch in jüngster Zeit BGH NJW 1989, 218 - mit Glykol versetzter und nur dadurch zur „Auslese“ umgepanschter Wein als „fehlerhafter“ Wein angesehen werden kann oder ob in allen diesen Fällen die gelieferte Ware im Vergleich zu der vertraglich kontrahierten ein „aliud“ darstellt. Dass es auf diese Abgrenzung in entscheidender Weise ankommt, kann nur als Folge eines „Systemfehlers“ angesehen, nicht hingegen als sinnvolle Konsequenz einer unterschiedlichen Interessenlage gerechtfertigt werden, weil in allen genannten Fällen der Verkäufer den Vertrag nicht richtig erfüllt hat, er also in allen Fällen auch den gleichen Ansprüchen des Käufers - wie immer sie geregelt sind - ausgesetzt sein sollte.

Ähnlich verhält es sich mit der Abgrenzung zwischen Rechtsmängeln und Sachmängeln. Liegt ein Rechtsmangel vor, so kann der Käufer die Beseitigung des Mangels verlangen und gemäß § 440 Abs. 1 BGB dreißig Jahre lang die allgemeinen Ansprüche wegen Leistungsstörung geltend machen. Bei Sachmängeln gelten dagegen die Vorschriften der §§ 459 ff. BGB und insbesondere die Verjährungsregelung des § 477 BGB. Dass Rechtsmängel und Sachmängel zu so unterschiedlichen Rechtsfolgen führen, mag nicht einleuchten, könnte aber vielleicht hingenommen werden, wenn die Abgrenzung zwischen den beiden Mangeltypen wenigstens klar wäre. So verhält es sich indessen nicht. Ist etwa das verkaufte Grundstück vertragswidrig mit einer Grunddienstbarkeit belastet, so liegt sicherlich ein Rechtsmangel vor. Um einen Sachmangel soll es sich aber handeln, wenn es mit einer öffentlich-rechtlichen Baubeschränkung belastet ist (BGH, NJW 1979, 2200). Kann der Staat vom jeweiligen Grundstückseigentümer auf Grund öffentlichen Rechts die Übereignung an sich verlangen, so soll ein Rechtsmangel (BGH, NJW 1983, 275), hingegen aber ein Sachmangel vorliegen, wenn das Grundstück auf Grund öffentlichen Rechts nicht an jedermann vermietet werden kann (BGH, WM 1970, 162).

Schadensersatzansprüche bei mangelhafter Leistung

Vollends verworren erscheint das Bild der Schadensersatzhaftung des Verkäufers und Werkunternehmers.

Das Bürgerliche Gesetzbuch kennt eine Haftung des Verkäufers auf Schadensersatz nur im Rahmen des § 463 BGB, also nur dann, wenn der Verkäufer einen Fehler arglistig verschwiegen hat oder der Kaufsache eine Eigenschaft fehlt, deren Vorhandensein vom Verkäufer zugesichert war. Nach ständiger Rechtsprechung kann aber der Käufer, dem eine fehlerhafte Sache geliefert wurde, Schadensersatz vom Verkäufer auch dann verlangen, wenn zwar nicht die Voraussetzungen des § 463 BGB, wohl aber die Voraussetzungen einer positiven Forderungsverletzung gegeben sind, also der Verkäufer schuldhaft eine fehlerhafte Kaufsache geliefert oder über ihre Eigenschaften schuldhaft unrichtige Angaben gemacht oder richtige Angaben schuldhaft unterlassen hat. Ebenso entscheidet die Rechtsprechung im Werkvertragsrecht: Neben den Anspruch auf Schadensersatz gemäß § 635 BGB tritt auch dort der Schadensersatzanspruch aus positiver Forderungsverletzung.

Damit ergeben sich höchst verwirrende und bis heute nicht befriedigend gelöste Abgrenzungsprobleme. Was das Kaufrecht anbelangt, so soll aus positiver Forderungsverletzung nur derjenige Schaden ersetzt verlangt werden können, der nicht schon in der Fehlerhaftigkeit der Sache selbst liegt, sondern sich als „Mangelfolgeschaden" erst aus ihr ergibt. Hat also der Käufer die fehlerhafte Sache ausbessern lassen oder hat er sie so, wie sie ist, zu einem niedrigeren Preis weiterverkauft, so kann er den daraus sich ergebenden Nachteil als „eigentlichen Mangelschaden" nur ersetzt verlangen, wenn die Voraussetzungen des § 463 BGB erfüllt sind. Hat er dagegen die fehlerhafte Ware in seinem Gewerbebetrieb verwendet und muss er deshalb seinen Kunden Schadensersatz leisten oder auf ihr Verlangen seine Arbeit nachbessern, so stellt der Nachteil, der darin liegt, einen „Mangelfolgeschaden" dar, dessen Ersatz er vom Verkäufer - sofern die dafür geforderten Voraussetzungen vorliegen - aus positiver Forderungsverletzung verlangen kann. Dass sich dieser Unterschied aus einer unterschiedlichen Interessenlage heraus plausibel begründen lässt, wird man schwerlich sagen können.

Weitere Schwierigkeiten ergeben sich aus dem Umstand, dass der Anspruch aus positiver Forderungsverletzung, da im Bürgerlichen Gesetzbuch nicht geregelt, grundsätzlich in der Dreißigjahresfrist des § 195 BGB verjährt. Zwar nimmt die Rechtsprechung an, dass auf Ansprüche aus positiver Forderungsverletzung die Vorschrift des § 477 BGB analog anzuwenden sei. Damit ergibt sich aber ein Abgrenzungsproblem in anderer Richtung: Die kurze

Verjährungsfrist des § 477 BGB kann nur auf solche Ansprüche aus positiver Forderungsverletzung übertragen werden, die mit den gesetzlich geregelten Gewährleistungsansprüchen funktionsverwandt sind, also auf ein Verschulden des Verkäufers gestützt werden, das sich auf Eigenschaften der gelieferten Ware bezieht. Hat also der Verkäufer statt Superbenzin schuldhaft Benzin minderer Qualität geliefert, so verjährt der Anspruch des Käufers auf Ersatz des an seinen Fahrzeugmotoren entstehenden „Mangelfolgeschadens“ gemäß § 477 BGB in sechs Monaten nach Ablieferung. Hat der Verkäufer hingegen Normalbenzin verkauft und geliefert, es jedoch schuldhaft in einen Tank gefüllt, dessen Inhalt als „Superbenzin“ gekennzeichnet war, so kann der Käufer mit der Geltendmachung des gleichen Schadens an den Fahrzeugmotoren 30 Jahre warten. Denn hier hat der Verkäufer nicht schuldhaft fehlerhaftes Benzin geliefert, sondern schuldhaft richtiges Benzin in den falschen Tank abgefüllt, mithin eine sonstige vertragliche Sorgfaltspflicht verletzt und daher nach den allgemeinen Regeln Schadensersatz zu leisten (so BGHZ 107, 249).

Noch anders und kaum befriedigender wird die Grenzlinie zwischen Schadensersatzansprüchen aus § 635 BGB und positiver Forderungsverletzung gezogen. Zwar unterscheiden sich die beiden Ansprüche nicht nach ihren Voraussetzungen, da auch § 635 BGB verlangt, dass der Unternehmer den Mangel seines Werkes zu vertreten habe. Indessen ist die Rechtsprechung hier der Auffassung, dass - anders als im Kaufrecht - Schadensersatzansprüche wegen eines Werkmangels auch dann auf § 635 BGB gestützt werden müssten, wenn Mangelfolgeschäden ersetzt verlangt würden, die mit dem Werkmangel „eng zusammenhängen“. Für Ansprüche aus positiver Forderungsverletzung sei erst dann Raum, wenn es um „entfernte“ Mangelfolgeschäden gehe; in diesem Falle beurteile sich die Verjährungsfrist nicht nach § 638 BGB, sondern nach § 195 BGB.

Hat also ein Architekt im Auftrag eines Bauherrn fehlerhafte Planungsunterlagen angefertigt, die zu Mängeln des danach errichteten Bauwerks geführt haben, so beurteilt sich der Ersatzanspruch des Bauherrn nach § 635 BGB und, soweit es um die Verjährung geht, nach § 638 BGB. Hat jedoch der gleiche Architekt im Auftrag einer Bank ein fehlerhaftes Gutachten über den Wert eines zu beleihenden Grundstücks erstattet, so kann die Bank den Schaden, den sie durch den Ausfall des nicht ausreichend gesicherten Kredits erleidet, nach den Regeln über die positive Forderungsverletzung ersetzt verlangen; für diesen Anspruch gilt die Verjährungsfrist des § 195 BGB (BGHZ 67, 1). Da somit die rechtliche Qualifikation des vom Besteller geltend gemachten Schadensersatzanspruchs über die Dauer der Verjährungsfrist entscheidet, bildet die Abgrenzung zwischen Mangelfolgeschäden, die mit dem Werkmangel „eng zusammenhängen“, und solchen, die mit ihm nur „entfernt“ etwas zu tun

haben, ein Dauerthema der Rechtsprechung, zu dem Ströme wissenschaftlicher Tinte geflossen sind, ohne dass eine klare, plausible und vor allem praktikable Lösung in Sicht wäre.

Gewährleistungsfristen

Übereinstimmung besteht darin, dass die Gewährleistungsfristen des § 477 BGB zu kurz sind. Nicht selten ist die Sechsmonatsfrist des § 477 Abs. 1 BGB bereits abgelaufen, bevor der Käufer von dem Mangel der ihm gelieferten beweglichen Sache überhaupt Kenntnis erlangen konnte. Wer seine im Frühsommer preisgünstig gekauften Ski in den Weihnachtsferien erstmalig benutzt und dann einen Mangel der Sicherheitsbindung feststellt, kann daher seine Gewährleistungsansprüche gegen den Verkäufer wegen Fristablaufs nicht mehr durchsetzen. Auch dann, wenn der Käufer die fehlerhafte Ware sofort nach Lieferung verwendet, tritt der Mangel häufig erst nach Ablauf der Frist des § 477 Abs. 1 BGB zutage, so etwa dann, wenn die vom Verkäufer gelieferten Spanplatten vom Käufer zwar sofort in einer Turnhalle verlegt werden, ihre mangelnde Biege- und Querzugsfähigkeit zu offenkundigen Schäden des Hallenbodens aber erst geführt hat, nachdem die Turnhalle mehrere Monate lang in Gebrauch war (vgl. BGHZ 77, 215). Zur Lösung der sich daraus ergebenden Schwierigkeiten hat man vorgeschlagen, bei verborgenen Mängeln den Lauf der Verjährungsfrist nicht schon mit der Ablieferung der Kaufsache, sondern erst in dem Zeitpunkt beginnen zu lassen, in dem der Fehler vom Käufer entdeckt worden ist oder entdeckt werden konnte. Angesichts des in der Tat eindeutigen Wortlauts des § 477 BGB hat die Rechtsprechung sich jedoch gegen diese Lösung entschieden (vgl. BGHZ 77, 215, 221 f.). Sie hat stattdessen, um dem Käufer zu helfen, andere Wege beschnitten. So haben die Tatsachengerichte gelegentlich aus den Umständen des Falles eine konkludente Parteivereinbarung über die Hinausschiebung des Beginns der Verjährung herausgelesen. Auch haben die Gerichte bei der Frage, ob eine fehlerhafte Sache oder ein aliud geliefert worden sei oder ob ein Sachmangel oder ein Rechtsmangel vorliege, sich manchmal deshalb für Aliud-Lieferung oder einen Rechtsmangel entschieden, weil sich auf diese Weise die Anwendung der §§ 459 ff. BGB - und damit auch die Anwendung des § 477 BGB - vermeiden ließ. Solche Überlegungen dürften vielfach auch Pate gestanden haben, wenn die Rechtsprechung den Verkäufer eines Unternehmens, der falsche Angaben über seinen Umsatz oder Gewinn gemacht hat, nicht aus dem Gesichtspunkt der Sachmängelhaftung, sondern aus Verschulden bei Vertragsanbahnung hat haften lassen. Ähnlich liegt es dort, wo die Rechtsprechung die fehlerhafte Beratung des Käufers über die Verwendungsmöglichkeiten der Kaufsache nicht als ein auf Sachmängel, sondern als ein auf sonstige Pflichtverletzungen bezogenes Verschulden des Verkäufers angesehen und auf diese Weise erreicht hat, dass die Ansprüche des Käufers nicht nach § 477 BGB, sondern nach § 195 BGB verjähren. Schließlich hat der BGH in man-

chen Fällen einem Käufer, dessen Gewährleistungsansprüche verjährt waren, dadurch geholfen, dass er ihm Ansprüche gegen den Verkäufer aus unerlaubter Handlung eröffnete, die gemäß § 852 BGB erst in drei Jahren nach Kenntnis verjähren. So soll der Käufer die Kosten, die ihm durch die Reparatur oder Wiederherstellung der fehlerhaft gelieferten Kaufsache entstehen, gemäß §§ 823 Abs. 1, 852 BGB vom Verkäufer ersetzt verlangen können, sofern der Kaufsache nur ein "funktionell begrenzter“ Mangel angehaftet und sich erst nach Belieferung des Käufers in die „im Übrigen mangelfreien Teile“ der Kaufsache „weitergefressen" habe (BGHZ 67, 3-9). Im Schrifttum ist kritisiert worden, dass durch die Zulassung deliktischer Ansprüche die wohlerwogene Risikoverteilung des Kaufrechts aus den Angeln gehoben werde. Der BGH hat jedoch an seiner Rechtsprechung festgehalten und auf die Kritik dadurch reagiert, dass er zur Umschreibung der Schäden, die mit Hilfe des § 823 Abs. 1 BGB liquidiert werden können, andere Kriterien entwickelt hat, die freilich ihrerseits nur wieder andere Abgrenzungsprobleme aufwerfen (vgl. z. B. BGH, NJW 1985, 2420).

Kein Nacherfüllungsrecht des Käufers, kein Recht des Verkäufers zur „zweiten Andienung“

Die Gewährleistungsvorschriften des geltenden Rechts beruhen auf dem historischen Vorbild der Regeln, mit denen im römischen Recht dem Käufer ein Anspruch auf sofortige Rückzahlung oder Minderung des Kaufpreises eingeräumt wurde, wenn er auf offenem Markt Zugvieh oder Sklaven mit „unbehebbaren Mängeln“ erworben hatte. Daher kennt das geltende Gewährleistungsrecht - mit einer Ausnahme beim Gattungskauf - weder ein Recht des Käufers auf Nacherfüllung noch eine Befugnis des Verkäufers, durch Nacherfüllung - ein Recht zur „zweiten Andienung“ - die weiteren Rechtsbehelfe des Käufers abzuwenden.

Dies stimmt nicht mit dem allgemeinen Rechtsbewusstsein überein und widerspricht den Bedürfnissen des heutigen Handels mit industriellen Massengütern. Der Käufer, der eine mangelhafte Sache erhalten hat, hat nicht primär ein Interesse an der Rückgängigmachung des Kaufs oder an der Herabsetzung des Kaufpreises. Ihm geht es vor allem darum, eine mangelfreie Sache zu erhalten. Dieses Interesse kann in den meisten Fällen - auch beim Stückkauf - durch Nachbesserung oder Lieferung einer anderen gleichartigen Sache befriedigt werden. Beim Gattungskauf entspricht auch die Neulieferung häufig nicht den Interessen des Käufers, weil er die Sache behalten will und Reparatur wünscht. Dem Käufer einer bereits fest installierten Maschine ist in der Regel mit Wandelung oder Minderung nicht gedient, sondern nur mit einer Reparatur an Ort und Stelle. Wenn der Käufer sofort zur Wandelung oder Minderung berechtigt ist, ohne dass der Verkäufer dies durch Nachbesserung oder Neulieferung abwenden kann, so entspricht das nicht den berechtigten Verkäuferinteressen und ist auch volkswirtschaftlich nicht sinnvoll.

Gleichwohl kennt das geltende Kaufvertragsrecht weder einen Anspruch des Käufers auf Nacherfüllung noch ein Recht des Verkäufers, die Gewährleistungsansprüche des Käufers durch Nacherfüllung abzuwenden. Die Rechtsprechung hat diese Lücke nur in seltenen Fällen schließen können, so etwa dann, wenn sie den Käufer unter Berücksichtigung von Treu und Glauben verpflichtet hat, eine vom Verkäufer angebotene Nachbesserung anzunehmen (BGH WM 1971, 1382) oder wenn sie dem Käufer eines vom Verkäufer zu errichtenden Hauses im Falle von Baumängeln einen Anspruch auf Nachbesserung nach den Vorschriften des Werkvertragsrechts (§ 633 Abs. 2 BGB) gewährt hat. Im Übrigen ist die geschilderte Gesetzeslücke von der Vertragspraxis geschlossen worden. Diese hat auf breiter Front Allgemeine Geschäftsbedingungen entwickelt, die das Recht des Käufers zur Rückgängigmachung des Kaufs oder Minderung des Kaufpreises durch ein Recht auf Nachbesserung oder Ersatzlieferung ersetzt haben. Dass dieser Vertragspraxis ein vernünftiges wirtschaftliches Bedürfnis beider Vertragsparteien zugrunde liegt, hat auch der Gesetzgeber anerkannt. In § 11 Nr. 10 Buchstabe b AGBG hat er solche Klauseln gebilligt, sofern dem Käufer für den Fall des Fehlschlagens der Nachbesserung oder Ersatzlieferung ausdrücklich ein Recht zur Rückgängigmachung des Kaufvertrags oder Herabsetzung des Kaufpreises zugestanden wird. Auch bestimmt § 476a BGB, dass in Fällen einer solchen Vereinbarung der zur Nachbesserung verpflichtete Verkäufer die dafür erforderlichen Aufwendungen selbst zu tragen hat; nach § 11 Nr. 10 Buchstabe c AGBG kann sich der Verkäufer von dieser Verpflichtung durch AGB-Klauseln nicht freizeichnen. Da ein Recht des Käufers auf Nacherfüllung auch dann sinnvoll ist, wenn es - wie z. B. bei Bargeschäften des täglichen Lebens - zur Errichtung von Vertragsurkunden und damit zur Einbeziehung Allgemeiner Geschäftsbedingungen in den Vertrag nicht kommt, empfiehlt es sich, eine entsprechende Regelung in das Kaufvertragsrecht aufzunehmen.

Das Regelungsmodell des UN-Kaufrechts

Die dargestellten Mängel des geltenden deutschen Kaufrechts werden durch die Regeln des UN-Kaufrechts vermieden:

- Dies wird in erster Linie dadurch erreicht, dass das UN-Kaufrecht kein eigenständiges Gewährleistungsrecht kennt. Vielmehr geht es von einem allgemeinen Begriff der Nichterfüllung des Vertrags aus und unterscheidet für die sich daraus ergebenden Rechtsfolgen grundsätzlich nicht danach, ob die Nichterfüllung in der Lieferung einer fehlerhaften Sache, in einem Rechtsmangel, in der Lieferung eines aliud oder in einer sonstigen Pflichtverletzung des Verkäufers liegt (vgl. Artikel 35, 45 ff. UN-Kaufrecht).

- Artikel 46 Abs. 3 UN-Kaufrecht gewährt dem Käufer einen Nachbesserungsanspruch, sofern dies dem Verkäufer unter Berücksichtigung aller Umstände zumutbar ist.

- Ein Nachbesserungs- oder Nachlieferungsrecht des Verkäufers ergibt sich nach dem UN-Kaufrecht aus dem Prinzip des Vorrangs der Erfüllung. Hat der Käufer eine Frist gesetzt, ist er verpflichtet, dem Verkäufer Gelegenheit zur Nacherfüllung seiner Pflichten und damit auch zur Nachbesserung einer mangelhaften Sache oder der Ersatzlieferung fehlerfreier Sachen zu geben (vgl. Artikel 47 Abs. 1, 49 Abs. 1 Buchstabe b UN-Kaufrecht).

3. Verjährungsrecht

Die Erfahrungen der Praxis haben gezeigt, dass die Verjährungsregeln des geltenden Rechts in vielen Punkten nicht den Bedürfnissen des heutigen Wirtschaftsverkehrs entsprechen. Die Systematik des geltenden Verjährungsrechts, die Ausgestaltung des Beginns, der Dauer und des Ablaufs der Verjährungsfristen sowie die Tatbestandsmerkmale einiger Verjährungsbestimmungen gelten nach einer weitverbreiteten Ansicht in Rechtsprechung und Literatur als überarbeitungsbedürftig. Dies gilt vor allem für die Regelungen im Bürgerlichen Gesetzbuch, aber auch für die seiner Nebengesetze und zahlreicher anderer Rechtsvorschriften. Erhebliche praktische Schwierigkeiten ergeben sich vor allem daraus, dass die Vorschriften über die Verjährung kein in sich geschlossenes System darstellen und dass einzelne Vorschriften veraltet sind oder zu kurze oder zu lange Verjährungsfristen vorsehen.

Mängel im System des Verjährungsrechts

Das geltende Verjährungsrecht zeichnet sich durch eine außerordentliche Vielzahl unterschiedlicher Verjährungsfristen für gleiche oder ähnliche Tatbestände aus. Allein das Bürgerliche Gesetzbuch kennt Verjährungsfristen von sechs Wochen, sechs Monaten, einem, zwei, drei, vier, fünf und dreißig Jahren. Diese Vielfalt wäre hinnehmbar, wenn die Voraussetzungen, unter denen die eine oder andere Frist maßgeblich ist, klar und einleuchtend voneinander abgegrenzt wären. Das ist jedoch aus folgenden Gründen häufig nicht der Fall:

Die Mehrzahl der Verjährungsfristen knüpft an die Rechtsnatur des Anspruchs an. Das bedeutet, dass die für den geltend gemachten Anspruch maßgebliche Verjährungsfrist dadurch gefunden werden muss, dass der Anspruch rechtlich qualifiziert, also ermittelt wird, ob es sich um einen Anspruch aus Kaufvertrag oder Werkvertrag, aus Werkvertrag oder Dienst-

vertrag handelt und ob der Anspruch auf eine Nichterfüllung des Vertrags, auf die Lieferung einer mangelhaften Sache oder auf die Verletzung einer Nebenpflicht gestützt wird. Oft kann es aber - wie schon oben dargelegt - zweifelhaft sein, ob ein Kaufvertrag oder ein Werkvertrag vorliegt oder ob der Verkäufer schuldhaft eine fehlerhafte Sache geliefert oder zwar eine fehlerfreie Sache geliefert, den Käufer aber über ihre Verwendungsmöglichkeiten oder ihre richtige Nutzung oder Wartung schuldhaft schlecht beraten hat.

Erst recht kommt es dort zu Schwierigkeiten, wo der von den Parteien geschlossene Vertrag gesetzlich nicht geregelt, sondern als atypischer, typenkombinierter oder typenverschmolzener Vertrag anzusehen ist. So kann z. B. die schwierige und umstrittene Einordnung eines Automatenaufstellungsvertrags als Mietvertrag, partiarisches Rechtsverhältnis oder als Gesellschaftsvertrag erhebliche Konsequenzen für die maßgebliche Verjährungsfrist haben. Alles dies führt nicht nur zu schwierigen Abgrenzungsproblemen, sondern auch dazu, dass sich aus geringfügigen Unterschieden in der Gestaltung des Sachverhalts ganz verschiedene Verjährungsfristen ergeben, ohne dass dafür ein einleuchtender Grund angegeben werden könnte. Nicht selten drängt sich der Eindruck auf, dass der Richter zunächst diejenige Verjährungsfrist auswählt, die den zur Entscheidung stehenden Fall angemessen löst, und dann erst bei der rechtlichen Qualifizierung des geltend gemachten Anspruchs so zu Werke geht, dass das gewünschte Ergebnis erreicht werden kann.

Abgrenzungsschwierigkeiten gibt es auch bei den gewohnheitsrechtlich entwickelten Ansprüchen aus Verschulden bei Vertragsanbahnung, aus positiver Forderungsverletzung und wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage. In Ermangelung einer besonderen Verjährungsvorschrift greift hier grundsätzlich die regelmäßige Verjährungsfrist von dreißig Jahren ein (§ 195 BGB). Da diese Frist allgemein als für die genannten Ansprüche zu lang angesehen wird, hat sich die Rechtsprechung darum bemüht, den Anwendungsbereich des § 195 BGB einzuschränken und die Verjährungsregeln, die an sich für andere Fälle gedacht sind, auf die genannten Ansprüche entsprechend anzuwenden. So sind nach Auffassung des BGH die kurzen Fristen der §§ 196, 197 BGB für alle Ansprüche maßgeblich, die „wirtschaftlich die Stelle der in jenen Vorschriften aufgeführten Vergütungsansprüche einnehmen“ (BGHZ 73, 266, 269). Daher verjähren alle Ansprüche - vertragliche und gesetzliche, ausdrücklich geregelte und gewohnheitsrechtlich entwickelte - nach § 196 BGB, sofern sie auf den „Ersatzwert des ursprünglich Bedungenen“ abzielen, und ebenso soll die Verjährungsfrist des § 197 BGB auch dann maßgeblich sein, wenn die auf Grund eines sittenwidrigen Ratenkreditvertrags gezahlten Zinsen aus ungerechtfertigter Bereicherung zurückverlangt werden (BGHZ 98, 174) oder der Vermieter Ersatzansprüche wegen verspäteter Rückgabe der Mietsache gel-

tend macht, sei es, dass er sie auf § 557 BGB, sei es, dass er sie auf Verzug oder auf § 812 BGB stützt (BGHZ 68, 307, 310).

Auf die verjährungsrechtlichen Probleme, die sich im Kauf- und Werkvertragsrecht aus dem Nebeneinander von Gewährleistungsansprüchen und Ansprüchen aus positiver Forderungsverletzung und aus Verschulden bei Vertragsanbahnung ergeben, ist bereits hingewiesen worden.

Steht die Rechtsnatur der geltend gemachten Ansprüche und damit die für sie maßgebliche Verjährungsfrist fest, so ergeben sich oft weitere Schwierigkeiten daraus, dass zweifelhaft sein kann, ob jeder der nebeneinander bestehenden Ansprüche nach der für ihn geltenden Frist verjährt. Dies ist zwar die allgemeine Grundregel. Sie wird aber durch zahlreiche Ausnahmen durchbrochen, diese Ausnahmen wiederum durch Gegenausnahmen. Verlangt etwa der Vermieter Schadensersatz vom Mieter wegen einer Beschädigung der vermieteten Sache, so gilt die Verjährungsfrist des § 558 BGB auch insoweit, als der Anspruch des Vermieters auf § 823 BGB gestützt werden kann. Hat hingegen der Unternehmer bestellereigenes Material beschädigt oder der Verkäufer durch Lieferung fehlerhafter Ware eine Eigentums- oder Gesundheitsverletzung des Käufers herbeigeführt, so verjähren die Schadensersatzansprüche des Bestellers oder Käufers, soweit sie aus unerlaubter Handlung hergeleitet werden können, „selbständig“ nach § 852 BGB. Eine innere Rechtfertigung für diese Unterschiede ist kaum ersichtlich.

Mängel einzelner Vorschriften

Unabhängig von systematischen Bedenken am geltenden Verjährungsrecht sind einzelne Verjährungsfristen überarbeitungsbedürftig.

Die Tatbestandsmerkmale einiger Verjährungsvorschriften machen das Bedürfnis nach einer zeitgemäßen Gestaltung des Verjährungsrechts ganz offenkundig. Dies zeigt sich insbesondere bei dem geltenden § 196 BGB. Die in § 196 Abs. 1 Nr. 3, 9 und 10 BGB bezeichneten Berufstypen der Lohnkutscher, Tagelöhner und Lehrmeister kommen in der Praxis nicht mehr vor. Die auf berufliche Leistungen abstellenden Regelungen in § 196 Abs. 1 Nr. 10, 12 und 13 BGB sind inzwischen bedeutungslos, wenn nicht gar - wie bei den nunmehr unzulässigen Lehrgeldvereinbarungen - gegenstandslos geworden. Auch soweit § 196 BGB noch eine praktische Bedeutung hat, erscheint die Regelung nicht immer verständlich. So erhellt der Wortlaut der Regelung kaum, dass § 196 Abs. 1 Nr. 9 BGB die Lohnansprüche der Arbeiter, § 196 Abs. 1 Nr. 8 BGB dagegen die Gehaltsansprüche der Angestellten betrifft. Dar-

über hinaus ist die Regelung des § 196 BGB im Ganzen nicht überzeugend, weil von ihr weder die Rechtsgeschäfte unter Privaten noch Ansprüche auf Sachleistungen erfasst werden.

Manche besonders kurze und besonders lange Verjährungsfristen des geltenden Rechts werden den Bedürfnissen des Rechtsverkehrs nicht gerecht:

- *Zu kurze Fristen*

  Schon oben ist dargestellt worden, warum die Fristen für die Verjährung der kauf- und werkvertraglichen Gewährleistungsansprüche zu kurz sind. Sie bergen die Gefahr in sich, dass der Käufer oder der Besteller nicht selten einen berechtigten Anspruch einbüßt, ehe er von ihm Kenntnis erlangt hat. Dies tritt besonders häufig dort auf, wo ein zusammengesetztes oder weiterverarbeitetes Produkt geliefert wird, dessen Mängel typischerweise erst nach langer Zeit offen zutage treten. Aus diesen Gründen empfiehlt sich eine angemessene Verlängerung der Gewährleistungsfristen. Dabei muss auch den Belangen des Verkäufers und des Unternehmers Rechnung getragen werden, die beide ein schutzwürdiges Interesse daran haben, das Risiko künftiger Gewährleistungsansprüche abzuschätzen, es versicherungsmäßig abzudecken und sich gegen die Berechtigung solcher Ansprüche wirksam verteidigen zu können.

- *Zu lange Fristen*

  Die regelmäßige Verjährungsfrist beträgt dreißig Jahre. Sie erweist sich in vielen Fällen als zu lang. Zwar müssen Verjährungsfristen so bemessen sein, dass dem Berechtigten ein hinreichender zeitlicher Spielraum für die Geltendmachung seines Rechts verschafft wird. Eines Zeitraums von dreißig Jahren bedarf es dazu jedoch nur in Ausnahmefällen. In den Regelfällen müssen kürzere Fristen genügen, zumal nur sie den Verpflichteten davor schützen, dass er für unzumutbar lange Zeiträume vorsorglich Beweismittel aufbewahren und andere Maßnahmen zur Abwehr unbegründeter Ansprüche treffen muss. Auch zeigt ein Vergleich mit den Verjährungsregeln ausländischer Rechtsordnungen, dass sie, soweit solche Regeln in neueren Zivilgesetzbüchern oder in modernen Verjährungsgesetzen enthalten sind, mit wesentlich kürzeren Fristen auskommen.

Überarbeitungsbedarf bei den Unterbrechungs- und Hemmungstatbeständen

Unstimmigkeiten weisen auch die Regelungen über die Hemmung und Unterbrechung der Verjährung auf:

Die Unterbrechungstatbestände des geltenden Verjährungsrechts enthalten nicht zu rechtfertigende Differenzierungen. Auch sieht das geltende Recht zahlreiche Fälle vor, in denen eine bestimmte Maßnahme die Verjährung unterbricht, ohne dass die daraus sich ergebende Folge - nämlich die Ingangsetzung einer neuen Verjährungsfrist - immer sachlich gerechtfertigt erscheint.

Die geltenden Unterbrechungsgründe mit Ausnahme des Anerkenntnisses und der Vollstreckungshandlung können als Hemmungstatbestände ausgestaltet werden. Dabei bietet sich die Gelegenheit, die bisher lückenhafte Regelung zu ergänzen und zu verallgemeinern.

Zunächst haben im geltenden Recht nicht alle prozessualen Maßnahmen, die die Verfolgung des Anspruchs zum Ziel haben, auf seine Verjährung Einfluss. Das gilt insbesondere für den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung, die nicht der Sicherung, sondern der Befriedigung des Anspruchs dient. Auch ein solcher Antrag sollte Hemmungswirkung erhalten.

Manche Hemmungsgründe können auf Rechtsgedanken zurückgeführt werden, die nicht nur für den jeweils geregelten Fall, sondern allgemeine Geltung erlangen sollten. So ist nicht einzusehen, dass nur im Anwendungsbereich der §§ 639 Abs. 2, 651g Abs. 2 Satz 3 BGB und des § 852 Abs. 2 BGB Verhandlungen - z. B. über die Berechtigung von Gewährleistungs- oder Schadensersatzansprüchen - die Verjährung hemmen sollen.

Auch enthält der geltende § 477 Abs. 3 BGB den verallgemeinerungsfähigen Rechtsgedanken, dass die Hemmung oder Unterbrechung der Verjährung eines Anspruchs sich auch auf die Verjährung konkurrierender Ansprüche erstrecken sollte.

Gefahr einer weiteren Rechtszersplitterung

Der Umstand, dass die Verjährungsvorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs - wie dargelegt - unzulänglich sind, hat dazu geführt, dass der Gesetzgeber beim Erlass neuer zivilrechtlicher Gesetze zur Regelung der sich dort stellenden Verjährungsfragen nicht einfach auf das Bürgerliche Gesetzbuch verweisen konnte, sondern sich veranlasst glaubte, eigenständige Verjährungsregeln zu schaffen. In über 80 Gesetzen finden sich daher mehr als 130

Verjährungsvorschriften, die nicht aufeinander abgestimmt sind und zu einem unübersichtlichen Neben- und Durcheinander verjährungsrechtlicher Vorschriften geführt haben. Eine grundlegende Umgestaltung der Verjährungsregeln des Bürgerlichen Gesetzbuchs erscheint auch deshalb als dringend erforderlich, weil nur so eine Aussicht besteht, die geschilderte Entwicklung zu stoppen.

4. Verbraucherschutzgesetze und AGB-Gesetz außerhalb des Bürgerlichen Gesetzbuchs

Durch die fortschreitende Europäisierung des Rechts durch EG-Richtlinien sind zahlreiche Sondergesetze entstanden, die außerhalb des Bürgerlichen Gesetzbuchs quasi ein Sonderrecht für Verbraucher schaffen. Dies führt für den Rechtsanwender und im Geschäftsverkehr zu erheblicher Intransparenz. Das in den Verbraucherschutzgesetzen neben dem Bürgerlichen Gesetzbuch geregelte Verbraucherrecht stellt zudem kein Sonderprivatrecht, das für bestimmte Berufsgruppen oder Sachgebiete spezielle Regelungen enthält (wie HGB, AktG, GmbHG, GenG, UWG und GWB), dar, sondern ist Teil des allgemeinen Privatrechts (Palandt/Heinrichs, Einl. BGB Rdn.1). Als solches sollte es im Bürgerlichen Gesetzbuch, welches die für alle Bürger geltenden privatrechtlichen Regelungen umfasst, geregelt sein. Die Zuordnung des Verbraucherrechts zum allgemeinen Privatrecht ergibt sich bereits daraus, dass jeder Bürger zugleich Verbraucher und jeder Verbraucher zugleich Bürger ist (vgl. Larenz/Wolf, § 1 Rdn. 61 ff; Palandt/Heinrichs, Einl. BGB Rdn. 1). Der Verbrauchervertrag, das heißt der Vertrag zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher, ist die typische Erscheinungsform des schuldrechtlichen Vertrags, und der Verbraucherschutz ist ein schuldrechtsimmanenter allgemeiner Schutzgedanke, der – mitgeprägt durch das Gemeinschaftsrecht – bereits seit längerem Eingang in das Bürgerliche Gesetzbuch gefunden hat. Das Bürgerliche Gesetzbuch enthält etwa in §§ 138, 123, 242 BGB ein breites Anwendungsfeld für Verbraucherschutz. Die von der Rechtsprechung zur Haftung aus culpa in contrahendo entwickelten Informationspflichten gehen ebenfalls auf den Gedanken des Verbraucherschutzes zurück.

Diese im allgemeinen Vertragsrecht des Bürgerlichen Rechts bereits angelegten Beschränkungen der Privatautonomie bauen die zur Umsetzung von EG-Richtlinien erlassenen schuldrechtlichen Sondergesetze wie das Gesetz über den Widerruf von Haustürgeschäften, das Verbraucherkreditgesetz, das Teilzeit-Wohnrechtegesetz und das Fernabsatzgesetz lediglich aus und akzentuieren diese, indem sie zum Beispiel den Grundsatz der Verbindlichkeit von Verträgen für die Dauer der Widerrufsfrist aufheben, vorvertragliche Informationspflichten für bestimmte Vertriebsformen und Vertragsarten, bei denen der Verbraucher eines besonderen Schutzes bedarf, regeln oder teilweise den Grundsatz der Formfreiheit ein-

schränken, indem sie nicht nur einen Schriftformzwang einführen, sondern auch unterschiedliche Anforderungen an den Inhalt der Verträge stellen. Bis zum Ablauf des 29. Juni 2000 definierten die vorgenannten Gesetze ihre Schlüsselbegriffe immer wieder neu. Auch waren die Fristen und Modalitäten der Ausübung des Widerrufsrechts und dessen Konstruktion sehr unterschiedlich geregelt. Mit dem Gesetz über Fernabsatzverträge und andere Fragen des Verbraucherrechts sowie zur Umstellung von Vorschriften auf Euro vom 27. Juni 2000 (BGBl. I S. 897) ist diese Unübersichtlichkeit im Hinblick auf Konstruktion und Einzelheiten des Widerrufs- und des Rückgaberechts bereits zum Teil – durch die Definition des Verbrauchers in § 13 BGB, des Unternehmers in § 14 BGB und die Aufnahme von Vorschriften, die ausdrücklich auf den Schutz des Verbrauchers abstellen wie §§ 361a, 361b BGB und auf die die Regelungen in den Verbraucherschutzgesetzen nunmehr verweisen können - abgemildert worden. Die Vereinheitlichung ist indessen fortzuschreiben. Insbesondere gibt es nach wie vor eine Vielzahl von Sondergesetzen. Daraus resultiert ein erheblicher Ordnungs- und Transparenzverlust in der Rechtsordnung. Zu diesen Sondergesetzen gehört gerade auch das AGB-Gesetz. Die darin geregelten Fragen, wie weit die grundsätzliche Nachgiebigkeit des Schuldrechts reicht und wann Abweichungen hiervon unzulässig sind, sind unmittelbar mit den Regelungen im Bürgerlichen Gesetzbuch verbunden, überlagern und ergänzen diese. Diese Verknüpfung ist indessen durch die Kodifikation in zwei unterschiedlichen Gesetzen nicht erkennbar. Zudem besteht durch die Zweiteilung des in der Sache einheitlichen Regelungsstoffs die Gefahr, dass sich unterschiedliche Auslegungsgrundsätze, Begrifflichkeiten und Wertungsmaßstäbe entwickeln, was angesichts der engen Verschränkung der Materien des Bürgerlichen Gesetzbuchs und des AGB-Gesetzes nicht richtig sein kann. Moderne zivilrechtliche Kodifikationen wie etwa das am 1. Januar 1992 in Kraft getretene niederländische Zivilgesetzbuch haben daher die Regelungen des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen in eine zivilrechtliche Gesamtkodifikation einbezogen. Auch die „Principles of European Contract Law“ streiten für die Zugehörigkeit des AGB-Gesetzes zum allgemeinen Bürgerlichen Recht. Deren Art. 4:110 sieht als Teil des Rechts der Willensmängel eine erkennbar eng an Artikel 3 Abs. 1 der Richtlinie 93/13/EWG über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen angelehnte Vorschrift über die Anfechtbarkeit vorformulierter Vertragsklauseln im Falle ihrer Unvereinbarkeit mit Treu und Glauben vor. Dieser Befund unterstreicht die schon aus dem Inhalt des AGB-Gesetzes folgende Zugehörigkeit seines Regelungsgegenstandes zum Bürgerlichen Recht und den Bedarf nach einer Integration in eine zivilrechtliche Gesamtkodifikation.

IV. Lösung: Fortschreibung der Vorschläge der Schuldrechtskommission und Integration der Verbraucherschutzgesetze in das Bürgerliche Gesetzbuch

1. Allgemeines Leistungsstörungsrecht

Pflichtverletzung als zentraler Begriff des Leistungsstörungsrechts

Im Mittelpunkt des allgemeinen Leistungsstörungsrechts steht künftig der Begriff der „Pflichtverletzung“. Der einheitliche Grundtatbestand, auf dem die Rechte des Gläubigers wegen einer Leistungsstörung aufbauen, besteht in der Verletzung einer Pflicht. Dies gilt vor allem für die Schadensersatzansprüche des Gläubigers (§ 280 Abs. 1 Satz 1 BGB-RE). Um die für die Praxis notwendige Transparenz zu schaffen, wird die allgemeine Grundregel durch spezifische Ausformungen für die einzelnen Typen der Leistungsstörungen ergänzt.

Das Merkmal der Pflichtverletzung verlangt nur den objektiven Verstoß gegen eine Pflicht; hingegen kommt es nicht darauf an, dass dem Schuldner die Pflichtverletzung vorgeworfen werden kann. Ebenso wenig ist es von Bedeutung, auf welchen Gründen die Pflichtverletzung beruht oder welche Folgen sie hat. Auch der Schadensersatzanspruch bei Unmöglichkeit der Leistung nach § 283 BGB-RE wird als ein Unterfall des Schadensersatzes wegen Pflichtverletzung aus § 280 Abs. 1 BGB-RE verstanden, wie sich aus der Formulierung dieser Vorschrift und der Bezugnahme hierauf in § 283 BGB-RE ergibt. In diesem Sinne bildet auch der Verzug neben der Pflichtverletzung nur ein zusätzliches Erfordernis für den Anspruch des Gläubigers auf Ersatz des Verzögerungsschadens (§§ 280 Abs. 2, 286 BGB-RE).

Das Leistungsstörungsrecht des Entwurfs beruht damit auf einer Weiterentwicklung und Verallgemeinerung der Grundsätze über die Haftung wegen positiver Forderungsverletzung. Wenn die Rechtsprechung als positive Forderungsverletzung alle Pflichtverletzungen ansieht, die weder Unmöglichkeit noch Verzug herbeiführen, so beruht dies auf der Erkenntnis, dass auch die Nichtleistung wegen Unmöglichkeit und der Verzug Pflichtverletzungen darstellen.

Die Anknüpfung an den Begriff der „Pflichtverletzung“ entspricht dem UN-Kaufrecht. Zwar verwendet es in Artikel 45 Abs. 1, 61 Abs. 1 den Begriff der „Nichterfüllung“ der vertraglichen Pflichten. Aber darin liegt nur ein verbaler, kein sachlicher Unterschied.

Fristsetzung sichert Vorrang des Erfüllungsanspruchs

Das - neben der Pflichtverletzung - zweite wesentliche Strukturmerkmal des neuen Leistungsstörungsrechts besteht darin, dass der Gläubiger dem Schuldner grundsätzlich eine angemessene Frist zur Erfüllung setzen muss, bevor er nach ergebnislosem Ablauf der Frist statt des Erfüllungsanspruchs weitergehende Rechte geltend machen kann (vgl. §§ 281, 323 BGB-RE). Das Erfordernis der Fristsetzung, das sein Vorbild im geltenden Recht in §§ 283, 326, 542 Abs. 1, 634, 635 BGB hat, soll den Vorrang des Erfüllungsanspruchs sichern und damit allgemein die Aufgabe übernehmen, die im geltenden Recht von den einzelnen Leistungsstörungstatbeständen mit ihren unterschiedlichen Voraussetzungen nur unzulänglich erfüllt wird.

Umfassende Schadensersatzregelung

Der Entwurf regelt in § 280 BGB-RE die allgemeinen Voraussetzungen, unter denen der Gläubiger Schadensersatz verlangen kann, wenn der Schuldner eine Pflicht aus dem Schuldverhältnis verletzt hat. Danach führt jede Pflichtverletzung zu einem Schadensersatzanspruch, es sei denn, der Schuldner hat die Pflichtverletzung nicht zu vertreten. Eine Unterscheidung nach der Art der verletzten Pflicht wird nicht gemacht. Insbesondere kommt es nicht darauf an, ob der Schuldner eine Haupt- oder eine Nebenpflicht, eine Leistungs- oder eine Schutzpflicht verletzt hat, ebenso wenig darauf, ob er überhaupt nicht, nicht rechtzeitig oder am falschen Ort geleistet hat oder ob er eine ganz andere als die geschuldete Leistung oder eine Leistung erbracht hat, die nach Menge, Qualität und Art oder aus sonstigen Gründen hinter der vertraglich geschuldeten Leistung zurückbleibt.

Die Regelung des § 280 Abs. 1 BGB-RE schreibt damit zunächst die Voraussetzungen und Rechtsfolgen positive Forderungsverletzung im Gesetz fest. Sie geht aber darüber hinaus, da sie auch diejenigen Fälle erfasst, in denen nach geltendem Recht Ansprüche auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung nur beim Vorliegen besonderer Leistungsstörungstatbestände – insbesondere Unmöglichkeit oder Verzug - gegeben sind. Auch dann liegt nach dem Entwurf die Grundvoraussetzung für einen Schadensersatzanspruch des Gläubigers darin, dass der Schuldner die ihm nach dem Vertrage obliegende Leistung nicht erbracht und für die Schadensfolgen der darin liegenden Pflichtverletzung einzutreten hat, sofern er nicht beweisen kann, dass er die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat. Der Vorrang der Erfüllung wird dadurch sichergestellt, dass in §§ 280 Abs. 3, 281 BGB-RE für diesen Fall das Erfordernis der Fristsetzung festgeschrieben ist; Schadensersatz statt der Leistung kann der Gläubiger grundsätzlich erst verlangen, wenn eine dem Gläubiger gesetzte angemessene

Frist für die Leistung ergebnislos verstrichen ist. In den praktisch seltenen Fällen, in denen das Ausbleiben der Leistung auf deren Unmöglichkeit beruht, ergibt für den Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung das Erfordernis einer Fristsetzung keinen Sinn. § 283 BGB-RE sieht daher für diese Fälle einen Schadensersatzanspruch ohne vorherihe Fristsetzung vor.

Auch der Anspruch auf Ersatz des Verzögerungsschadens baut auf § 280 Abs. 1 BGB-RE auf; nach § 280 Abs. 2 BGB-RE ist aber weiterhin Verzug gemäß § 286 BGB-RE erforderlich.

Damit bringt der Entwurf eine klare und übersichtliche Schadensersatzregelung, welche die komplizierten gesetzlichen Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs und die daneben entwickelte Rechtspraxis auffängt.

Vom Vertretenmüssen unabhängiges Rücktrittsrecht

§ 323 BGB-RE bringt nach dem Vorbild des UN-Kaufrechts ein vom Vertretenmüssen unabhängiges Rücktrittsrecht. Es wird durch besondere Rücktrittstatbestände und eine Befreiung von der Leistung kraft Gesetzes im Fall der Unmöglichkeit ergänzt.

Voraussetzung für einen Rücktritt des Gläubigers ist zunächst, dass der Schuldner eine Pflicht aus einem gegenseitigem Vertrag verletzt hat. Der Vorrang der Erfüllung ist wiederum durch das Erfordernis der Fristsetzung sichergestellt. Verlangt wird, dass eine dem Schuldner zur Abhilfe gesetzte Frist ergebnislos geblieben ist.

Nach der Bedeutung der verletzten Pflicht oder der Schwere der Pflichtverletzung wird grundsätzlich nicht unterschieden. Nach ergebnisloser Fristsetzung erhält jede Pflichtverletzung regelmäßig einen Stellenwert, der ein Festhalten am Vertrag für den Gläubiger unzumutbar macht. § 323 Abs. 4 Satz 2 BGB-RE sieht allerdings einen Ausschluss des Rücktritts vor, wenn die Pflichtverletzung unerheblich ist.

Schadensersatz neben Rücktritt, Neuregelung der Rücktrittsfolgen

Im Unterschied zum geltenden Recht, aber im Einklang mit Artikel 45 Abs. 2 UN-Kaufrecht kann der Gläubiger gemäß § 325 BGB-RE auch dann, wenn er vom Vertrage zurückgetreten ist, nicht nur die Ansprüche aus dem Rückabwicklungsschuldverhältnis, sondern Schadensersatzansprüche wegen Nichterfüllung des Vertrags geltend machen. Er kann also vom Ver-

trag zurücktreten und gleichzeitig die Mehrkosten aus einem Deckungsgeschäft oder den entgangenen Gewinn ersetzt verlangen; der Ersatz der vergeblichen Aufwendungen ist in § 284 BGB-RE ausdrücklich geregelt. Die Pflicht zum Schadensersatz entfällt, wenn der Schuldner die rücktrittsbegründende Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat.

Für Störungen, die im Fall des Rücktritts die Rückgewähr der empfangenen Leistungen hindern, sieht § 346 BGB-RE eine grundlegende Neuregelung vor. Sie versucht, die zahlreichen Streitfragen des geltenden Rechts zu vermeiden, verzichtet auf Ausschlusstatbestände und sieht für alle Störungsfälle ein grundsätzlich einheitliches Modell der Rückabwicklung dem Werte nach vor.

Regelung des Wegfalls der Geschäftsgrundlage

Der Entwurf enthält in § 313 BGB-RE eine Regelung des Wegfalls der Geschäftsgrundlage. Einer detaillierten Regelung ist das Institut des Wegfalls der Geschäftsgrundlage allerdings nicht zugänglich. Die vorgesehene Regelung will lediglich die von der Rechtsprechung entwickelten Leitlinien in allgemeiner Form im Gesetz niederlegen; ihre weitere Konkretisierung vor dem Hintergrund praktischer, zur Entscheidung stehender Fälle muss der Rechtsprechung überlassen bleiben. Auch auf eine offene Umschreibung durch Regelbeispiele wurde bewusst verzichtet.

Regelung der Haftung wegen Verschuldens bei Vertragsanbahnung (culpa in contrahendo)

§ 241 Abs. 2 BGB-RE bestimmt, dass sich aus einem Schuldverhältnis für die Beteiligten auch Sorgfaltspflichten im Hinblick auf die Rechte und Rechtsgüter des anderen Teils ergeben können. In § 311 Abs. 2 und 3 BGB-RE werden die typischen Fallgruppen eines solchen vorvertraglichen Schuldverhältnisses bestimmt. Der Anspruch auf Schadensersatz wegen Verletzung solcher Pflichten ergibt sich schließlich aus § 280 Abs. 1 BGB-RE. Die allgemeine Regelung über die Haftung auf Schadensersatz ist damit auch Anspruchsgrundlage für Ansprüche wegen Verschuldens bei Vertragsanbahnung.

Regelung der Kündigung aus wichtigem Grund

Mit der Regelung der Kündigung von Dauerschuldverhältnissen aus wichtigem Grund in § 314 BGB-RE will der Entwurf die von der Rechtsprechung hierzu entwickelten allgemeinen Grundsätze in das Gesetz aufnehmen.

Aufhebung der §§ 306 bis 309 BGB

Der Entwurf sieht eine Aufhebung der bisherigen §§ 306 bis 309 BGB vor. Stattdessen bestimmt § 311a Abs. 1 BGB-RE, dass ein Vertrag auch dann wirksam ist, wenn er auf die Erbringung einer anfänglich unmöglichen Leistung gerichtet ist. Im Übrigen führt die Anwendung des allgemeinen Leistungsstörungsrechts auf die Fälle anfänglicher Unmöglichkeit zu angemessenen Ergebnissen: Der Schuldner ist entweder von der Leistungspflicht befreit (§ 275 Abs. 1 BGB-RE) oder kann den Anspruch durch die Einrede nach § 275 Abs. 2 BGB-RE abwehren, wenn die dort genannten Voraussetzungen erfüllt sind. Der Gläubiger ist gemäß § 326 Abs. 1 BGB-RE von der Pflicht zur Erbringung der Gegenleistung befreit und kann unter den Voraussetzungen des § 311a Abs. 2 BGB-RE Schadensersatz verlangen.

2. Kauf- und Werkvertragsrecht

Wegfall eines besonderen Gewährleistungsrechts beim Kauf

Die vorgesehene Neuregelung des Kaufvertragsrechts zielt vor allem darauf ab, die vom geltenden Recht vorgesehene eigenständige Regelung des Gewährleistungsrechts zu beseitigen und die Ansprüche des Käufers in das allgemeine Leistungsstörungsrecht einzufügen. Dadurch wird es möglich, die Unterscheidung des geltenden Rechts zwischen Sach- und Rechtsmängeln, zwischen Stückkauf und Gattungskauf sowie zwischen Kaufvertrag und Werkvertrag zu beseitigen oder beträchtlich zu verringern. Die Neukonzeption ermöglicht es zugleich, im Rahmen der Umgestaltung des Verjährungsrechts die Verjährung von Gewährleistungsansprüchen sachgerecht und überzeugend zu regeln.

Dieses Ziel wird dadurch erreicht, dass die Lieferung einer von Sachmängeln freien Kaufsache auch beim Stückkauf zu den Pflichten des Verkäufers gerechnet wird. § 433 Abs. 1 Satz 2 BGB-RE bestimmt deshalb, dass der Verkäufer die verkaufte Sache frei von Sachmängeln (und Rechtsmängeln) zu liefern hat. Die Lieferung einer Sache, die einen Sachmangel aufweist, stellt dann eine Pflichtverletzung dar, die grundsätzlich die gleichen Rechtsfolgen nach sich zieht wie im allgemeinen Leistungsstörungsrecht: nämlich Rücktritt gemäß § 323 BGB-RE und, soweit die Lieferung der fehlerhaften Sache vom Verkäufer zu vertreten ist, Schadensersatz gemäß §§ 280, 281 BGB-RE. Damit entfällt die problematische Unterscheidung zwischen Mangelschäden und Mangelfolgeschäden. Die Eingliederung des Gewährleistungsrechts in das allgemeine Leistungsstörungsrecht führt dazu, dass an die Stelle des Ausdrucks „Wandelung“ der Ausdruck „Rücktritt“ treten muss; das ist auch aus sprachlichen Gründen zu begrüßen. Daneben soll allerdings das Recht auf Minderung als

spezifischer Rechtsbehelf für den Kauf- und Werkvertrag erhalten bleiben; dieses Recht wird jedoch - ebenso wie das Rücktrittsrecht - zu einem Gestaltungsrecht umgeformt.

Die vorgesehene Regelung hat zur Folge, dass die Unterscheidung zwischen Stückkauf und Gattungskauf entfallen kann und dass es für die Ansprüche des Käufers keinen wesentlichen Unterschied mehr macht, ob die vom Verkäufer gelieferte Sache einen Sachmangel oder einen Rechtsmangel hat. Ebenso wenig hängt Entscheidendes davon ab, ob der Anspruch des Käufers eines Unternehmens auf Ersatz des Schadens, der ihm dadurch entstanden ist, dass er auf unrichtige Angaben des Verkäufers über Umsatz und Gewinn vertraut hat, auf culpa in contrahendo oder auf die Lieferung einer fehlerhaften Kaufsache gestützt wird. Denn in beiden Fällen beurteilen sich die Voraussetzungen des Schadensersatzanspruchs nach §§ 280, 281 BGB-RE.

Aus der Einfügung der Käuferrechte in das allgemeine Leistungsstörungsrecht ergibt sich weiterhin, dass es einer besonderen Regelung für die Schadensersatzansprüche des Käufers wegen des Fehlens einer zugesicherten Eigenschaft und wegen arglistigen Verschweigens eines Fehlers nicht mehr bedarf. Beide Ansprüche gehen in dem allgemeinen Schadensersatzanspruch wegen einer vom Verkäufer zu vertretenden Pflichtverletzung auf, der auch den Schadensersatzanspruch aus positiver Forderungsverletzung umfasst. Eine sachliche Änderung des geltenden Rechts ist damit nicht beabsichtigt. Die Erwägungen, auf die es nach geltendem Recht für die Annahme einer (ausdrücklich oder stillschweigend erklärten) Eigenschaftszusicherung ankommt, werden auch künftig anzustellen sein, und zwar dort, wo es um die Frage geht, ob der gemäß §§ 280, 281 BGB-RE auf Schadensersatz in Anspruch genommene Verkäufer die Lieferung der fehlerhaften Sache im Sinne des § 276 BGB-RE zu vertreten hat.

Nacherfüllungsanspruch des Käufers

Der Entwurf regelt den Anspruch des Käufers auf Nacherfüllung. Ist ihm eine Kaufsache geliefert worden, die fehlerhaft ist, so steht ihm - unabhängig davon, ob ein Stück- oder Gattungskauf oder ein Sach- oder Rechtsmangel vorliegt - ein Anspruch auf Nacherfüllung zu. Der Käufer kann wählen, ob er die Nacherfüllung in der Form der Beseitigung des Mangels durch den Verkäufer oder in Form der Lieferung einer mangelfreien Sache verlangt. Ist die Nacherfüllung dem Verkäufer nur mit unverhältnismäßigen Aufwendungen möglich, so kann er sie verweigern; in diesem Falle kann der Käufer nur die sonstigen Ansprüche geltend machen, die ihm im Falle einer Pflichtverletzung zustehen.

Macht der Käufer wegen des Fehlers der gelieferten Kaufsache einen Schadensersatzanspruch geltend oder will er deshalb vom Vertrage zurücktreten, so kann der Verkäufer diese Rechte dadurch abwenden, dass er seinerseits nacherfüllt. Das ergibt sich ohne weiteres daraus, dass die Rechte, die dem Käufer im Falle der Lieferung einer mangelhaften Kaufsache zustehen, in das allgemeine Leistungsstörungsrecht eingegliedert sind. Denn sowohl der Schadensersatzanspruch des Käufers als auch sein Rücktrittsrecht hängen gemäß §§ 280, 281, 323 BGB-RE grundsätzlich davon ab, dass er zuvor dem Verkäufer eine angemessene Frist für die Nacherbringung einer fehlerfreien Leistung gesetzt hat und diese Frist ohne Erfolg verstrichen ist.

Unternehmerrückgriff beim Verbrauchsgüterkauf

Obwohl die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie Kaufverträge zwischen Unternehmern ausnimmt, so entfaltet sie doch eine Harmonisierungswirkung auch für das Verhältnis von Kaufleuten und Gewerbetreibenden untereinander. Ansatz hierfür ist Artikel 4 der Richtlinie, dem zufolge der gewerbliche Verkäufer, der einem Verbraucher eine bewegliche Sache verkauft, einen Rückgriff gegen seine Vorleute in der Lieferkette haben muss. Die Mitgliedstaaten haben nach dieser Vorschrift das Recht, die näheren Einzelheiten dieses Rückgriffsanspruchs frei zu regeln. In der Richtlinie wird lediglich bestimmt, dass es überhaupt einen Rückgriff geben muss.

Für das deutsche Recht kann das nicht bedeuten, dass die nationalen Kaufrechtsvorschriften im Verhältnis der Kaufleute und Gewerbetreibenden untereinander auch insoweit unverändert bleiben können, als es sich um einen Rückgriffsfall aus einem Verkauf eines Unternehmers an einen Verbraucher handelt. Hierdurch würde nämlich allerdings eine Gewährleistungslücke aufgerissen, die bisher nur im Zusammenhang mit § 638 BGB bekannt ist. Es geht um den Rückgriff des Bauhandwerkers gegen seinen Lieferanten. Als Beispiel sei der Heizkessel genannt, der in einen Neubau eingebaut werden soll. Der Heizungsmonteur führt Arbeiten an einem Bauwerk aus und haftet nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für eventuell auftretende Mängel, auch des Heizkessels, für die Dauer von fünf Jahren. Demgegenüber haftet der Hersteller, von dem er den Kessel auf Grund eines Kaufvertrags erworben hat, nur für sechs Monate, § 477 Abs. 1 Satz 1 BGB. Die Differenz von viereinhalb Jahren geht auch dann zu Lasten des Bauhandwerkers, wenn dieser dem Besteller nur deshalb Gewähr leisten muss, weil der Kessel schon beim Hersteller fehlerhaft zusammengebaut worden war – außerhalb jeglichen Einflussbereichs des Bauhandwerkers.

Ein vergleichbares Problem ergäbe sich, wenn der deutsche Gesetzgeber Artikel 4 der Richtlinie in der Form umsetzte, dass er im Verhältnis der Gewerbetreibenden und Kaufleute untereinander auch beim Letztverkäuferrückgriff die nationalen Vorschriften uneingeschränkt aufrecht erhielte. In dem Falle nämlich würde der Letztverkäufer gegenüber dem Verbraucher für die Dauer von zwei Jahren haften, wohingegen seine Rückgriffshaftung gegenüber seinem Lieferanten lediglich einer Verjährungsfrist von sechs Monaten unterläge. Es entstünde also hier eine Gewährleistungslücke von eineinhalb Jahren. Dies wäre nicht zu vertreten. Der Entwurf hält es daher zur Umsetzung des Artikels 4 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie und zur Schaffung eines effektiven Rückgriffs des Letztverkäufers nicht für ausreichend, auf eine besondere Rückgriffsregelung zu verzichten und sich auf eine Anhebung der Verjährungsfristen zu beschränken. Entsprechende Vorschriften sind in den §§ 478, 479 BGB-RE enthalten.

Änderungen im Werkvertragsrecht

Schon nach geltendem Recht ist der Unternehmer zur Erbringung einer mangelfreien Leistung und, wenn die erbrachte Leistung fehlerhaft ist, zur Beseitigung des Mangels verpflichtet. Daher waren grundsätzliche Änderungen des Werkvertragsrechts nicht erforderlich. Die vorgesehenen Änderungen des Kaufvertragsrechts führen jedoch dazu, dass die rechtliche Regelung beider Vertragstypen einander stark angenähert und auch die Reihenfolge und innere Gliederung der gesetzlichen Vorschriften nach den gleichen Prinzipien geordnet werden können. Die genaue Abgrenzung der beiden Vertragstypen, die im geltenden Recht eine erhebliche Rolle spielt, verliert daher ihre Bedeutung. Ob ein Kaufvertrag über ein schon fertiggestelltes und vom Verkäufer bereits bewohntes Haus zum „Werkvertrag" umqualifiziert werden kann, spielt nach dem Entwurf schon deshalb künftig keine große Rolle mehr, weil danach auch ein Käufer Nachbesserung verlangen und auch ein Verkäufer durch Mängelbeseitigung die weitergehenden Ansprüche des Käufers abwenden kann. Als Unterschied verbleiben insbesondere das Unternehmerwahlrecht statt des im Kauf vorgesehenen Käuferwahlrechts und das im Kaufrecht fehlende Recht zur Ersatzvornahme.

Wegfall von Vorschriften

Die Eingliederung der Gewährleistungsansprüche des Käufers und Bestellers in das allgemeine Leistungsstörungsrecht und die starke Annäherung der Regeln über das Kauf- und das Werkvertragsrecht haben schließlich dazu geführt, dass die Zahl der gesetzlichen Vorschriften erheblich verringert und ihre innere Ordnung wesentlich durchsichtiger und verständlicher ausgestaltet werden konnte.

3. Verjährungsrecht

Allgemeine Überlegungen

Bei der Neugestaltung des Verjährungsrechts hat sich der Entwurf zunächst von der Tatsache leiten lassen, dass mit der Festlegung der Dauer einer Verjährungsfrist zwar eine wichtige Entscheidung getroffen wird, eine Beurteilung der Angemessenheit dieser Frist aber nur dann möglich ist, wenn mitbedacht wird, wann die Frist zu laufen beginnt und welche Maßnahmen sie zu hemmen oder zu unterbrechen vermögen. Erst die Zusammenschau von Fristdauer, Fristbeginn, Fristende, Fristhemmung und Fristunterbrechung ermöglicht es festzustellen, ob die Interessen von Gläubiger und Schuldner gerecht gegeneinander abgewogen sind.

Was die Interessen des Gläubigers anbelangt, war es das Ziel zu gewährleisten, dass ihm eine faire Chance eröffnet wird, seinen Anspruch geltend zu machen. Das bedeutet, dass ihm grundsätzlich hinreichend Gelegenheit gegeben werden muss, das Bestehen seiner Forderung zu erkennen, ihre Berechtigung zu prüfen, Beweismittel zusammenzutragen und die gerichtliche Durchsetzung der Forderung ins Werk zu setzen. Dieser Grundsatz kann nicht ausnahmslos durchgehalten werden. Es gibt Fallgestaltungen, in denen der Gläubiger die Verjährung seiner Forderung selbst dann hinnehmen muss, wenn er vor Ablauf der Verjährungsfrist nicht wusste, ja nicht einmal wissen konnte, dass ihm ein Anspruch zusteht. Dies kann insbesondere dann der Fall sein, wenn ihm ein vertraglicher Anspruch aus der Lieferung einer fehlerhaften Sache oder aus der Errichtung eines fehlerhaften Werks zusteht, wo – wie im geltenden Recht – auch nach dem Recht des Entwurfs der Verjährungsbeginn hinsichtlich des Verjährungsbeginns allein an den objektiven Tatbestand der Ablieferung bzw. Abnahme angeknüpft werden soll.

Was die Interessen des Schuldners betrifft, so richten sie sich in erster Linie darauf, vor den Nachteilen geschützt zu werden, die der Ablauf von Zeit bei der Abwehr unbegründeter Ansprüche mit sich bringt. Der Schuldner kann Belege und Beweismittel nur für eine begrenzte Zeit aufbewahren. In Beweisnot kann er durch Zeitablauf auch deshalb geraten, weil Zeugen nicht mehr namhaft gemacht werden können, unerreichbar sind oder sich an die streitigen Vorgänge nicht mehr zu erinnern vermögen. Dies gilt namentlich dann, wenn das Vorliegen der Voraussetzungen, von denen der Anspruch des Gläubigers abhängt, vermutet wird und dem Schuldner der Gegenbeweis dafür obliegt, dass jene Voraussetzungen nicht gegeben seien. So braucht der Gläubiger, der einen vertraglichen Schadensersatzanspruch geltend

macht, nur darzutun, dass es zu einer objektiven Pflichtverletzung gekommen ist; gemäß dem bisherigen § 282 BGB ist es dann Sache des Schuldners zu beweisen, dass er die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat. Ähnlich liegt es, wenn ein Anscheinsbeweis zu entkräften ist.

Das Verjährungsrecht muss den Schuldner aber nicht nur vor der Gefahr schützen, dass er durch Zeitablauf in Beweisnot gerät. Denn selbst wenn eine Beweisnot des Schuldners nicht vorliegt und der Anspruch des Gläubigers sachlich begründet ist, kann es den Schuldner hart treffen, wenn er trotz Ablaufs einer langen Zeit den Anspruch noch erfüllen muss. Es mag ein Zeitpunkt erreicht worden sein, in dem der Schuldner darauf vertrauen durfte, dass der Gläubiger auf seine Forderung nicht mehr zurückgreifen werde. Auch kann es unangemessen sein, vom Schuldner zu verlangen, dass er sich lange Zeit zur Erfüllung bereithält und entsprechende Vorsorgemaßnahmen trifft; dadurch kann er in seiner Dispositionsfreiheit unbillig eingeschränkt werden. Auch kann den Schuldner die Erfüllung des Anspruchs deshalb hart treffen, weil er infolge des Zeitablaufs Regressansprüche gegen Dritte verloren hat, sei es, weil der Regressschuldner nicht mehr aufgefunden werden kann oder zahlungsunfähig geworden ist, sei es auch, weil er sich seinerseits auf Verjährung der Regressforderung berufen kann.

Schließlich muss die Regelung des Verjährungsrechts auch der Rechtssicherheit dienen. Sie muss deshalb möglichst einfach und klar sein und muss nicht nur dem Gläubiger und dem Schuldner, sondern auch ihren Rechtsanwälten und den Gerichten praktikable Regeln an die Hand geben, mit denen sich verjährte von unverjährten Forderungen unterscheiden lassen. Es ist offensichtlich, dass ein Verjährungsrecht, dessen Regeln in diesem Sinne Berechenbarkeit und Voraussehbarkeit gewährleisten wollen, im Einzelfall zu Ergebnissen führen kann, die unbillig erscheinen mögen. Dem ließe sich nur dadurch entgegenwirken, dass im Interesse der Einzelfallgerechtigkeit kasuistische und differenzierende Regeln geschaffen werden, die verschiedene Ansprüche verschiedenen Verjährungsfristen unterstellen. Dafür würde jedoch - wie gerade die Erfahrungen mit dem geltenden Recht belegen - ein zu hoher Preis bezahlt, weil jede Abgrenzung zwischen verschiedenen Ansprüchen und den für sie maßgeblichen Verjährungsfristen praktische Probleme schafft, die nur dort in Kauf genommen werden sollten, wo dies aus besonders stichhaltigen Gründen unabweisbar erscheint.

Einführung einer regelmäßigen Verjährungsfrist von drei Jahren in Kombination mit einem Kenntnis- oder Erkennbarkeitskriterium

Der Entwurf übernimmt in weiten Teilen das Verjährungsmodell der Principles of European Contract Law, die die Kommission für Europäisches Vertragsrecht – sog. Lando-Kommission

– im Februar 2001 verabschiedet hat, und folgt dem allgemeinen Ansatz der Schuldrechtskommission hinsichtlich einer deutlichen Reduzierung des Anwendungsbereichs der dreißigjährigen Verjährungsfrist.

Die regelmäßige Verjährungsfrist soll drei Jahre betragen (§ 195 BGB-RE) und beginnen, wenn der Anspruch fällig ist und der Gläubiger von den den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt hat oder ohne grobe Fahrlässigkeit hätte erlangen müssen (§ 199 Abs. 1 BGB-RE).

Damit wird an die im Bereich der unerlaubten Handlungen entwickelte Regelung des bisherigen § 852 Abs. 2 BGB angeknüpft. Ohne Rücksicht auf das Kenntnis- oder Erkennbarkeitskriterium sollen die Ansprüche in einer absoluten Verjährungsfrist von zehn Jahren ab Fälligkeit verjähren (§ 199 Abs. 2 BGB-RE). Ausgenommen von dieser 10-Jahres-Frist sind Schadensersatzansprüche, die auf die Verletzung besonders hochrangiger Rechtsgüter wie Freiheit, Körper, Leben oder Gesundheit gestützt werden. Für sie gilt eine absolute Verjährungsfrist von dreißig Jahren (§ 199 Abs. 3 BGB-RE).

Ausnahmetatbestände

Für den größten Teil der kauf- und werkvertraglichen Mängelansprüche ist die regelmäßige Verjährungsfrist nicht geeignet, weshalb hierfür – in Entsprechung zu der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie – eine kürzere Frist von zwei Jahren vorgesehen werden soll (§ 438 Abs. 1 Nr. 3 und § 634a Abs. 1 Nr. 3 BGB-RE), die auch nicht erst mit Kenntnis bzw. grob fahrlässiger Unkenntnis beginnen soll, sondern schon mit Lieferung der Sache oder Abnahme des Werks (§ 438 Abs. 2 und § 634a Abs. 2 BGB-RE). Im Fall der Arglist bleibt es bei der regelmäßigen Verjährungsfrist.

Bestehen bleibt die fünfjährige Verjährungsfrist für Mängel von Bauwerken (§ 634a Abs. 1 Nr. 1 BGB-RE). Parallel dazu wird entsprechend dem Vorschlag der Schuldrechtskommission für in Bauwerke eingebaute, mangelhafte Sachen auch eine Verjährungsfrist von fünf Jahren vorgesehen (§ 438 Abs. 1 Nr. 2 BGB-RE), um insbesondere den Bauhandwerkern die Rückgriffsmöglichkeit zu sichern.

Die dreißigjährige Verjährungsfrist bleibt erhalten für Herausgabeansprüche aus Eigentum und anderen dinglichen Rechten, für familien- und erbrechtliche Ansprüche sowie für titulierte Ansprüche (§ 197 Abs. 1 BGB-RE). Für Ansprüche auf Rechte an einem Grundstück ist eine zehnjährige Frist vorgesehen (§ 196 BGB-RE).

Verminderung der Unterbrechungs- und Ausweitung der Hemmungstatbestände

Der Entwurf sieht als Unterbrechungstatbestände nur noch die Vollstreckungshandlung und das Anerkenntnis vor (§ 212 Abs. 1 BGB-RE). Im Übrigen sollen die bisherigen Unterbrechungsgründe, insbesondere gerichtliche Maßnahmen wie die Klageerhebung oder die Zustellung eines Mahnbescheides, die Verjährung nur noch hemmen (§ 204 BGB-RE). Die Hemmungstatbestände werden im Entwurf teilweise ausgedehnt und im Übrigen ergänzt: So sollen über den Anwendungsbereich der §§ 639 Abs. 2, 651g Abs. 2 Satz 3 und des § 852 Abs. 2 BGB hinaus Verhandlungen über einen Anspruch seine Verjährung allgemein hemmen (§ 203 BGB-RE).

Auch erkennt der Entwurf den Antrag auf Erlass eines Arrestes, einer einstweiligen Verfügung oder einer einstweiligen Anordnung und das Gesuch um Prozesskostenhilfe als Hemmungsgründe an (§ 204 Abs. 1 Nr. 9 und 14 BGB-RE). Den Verfahren vor „sonstigen“ Streitbeilegung betreibenden Gütestellen im Sinne von § 15a Abs. 3 EGZPO wird gleichfalls Hemmungswirkung zuerkannt und damit den Verfahren vor den von der Landesjustizverwaltung eingerichteten oder anerkannten Gütestellen gleichgestellt (§ 204 Abs. 1 Nr. 4 BGB-RE).

Schließlich wird der Schutz von Minderjährigen, die Opfer von Verletzungen ihrer sexuellen Selbstbestimmung werden, verbessert: Die Verjährung ihrer Ansprüche soll bis zum Eintritt der Volljährigkeit gehemmt sein (§ 208 BGB-RE).

4. Integration der Verbraucherschutzgesetze

Die erwähnten schuldrechtlichen Verbraucherschutzgesetze, namentlich das Verbraucherkreditgesetz, das Fernabsatzgesetz, das Haustürwiderrufsgesetz und das Teilzeit-Wohnrechtegesetz, sowie das AGB-Gesetz sollen in das Bürgerliche Gesetzbuch selbst aufgenommen werden. Dies bedeutet einen erheblichen Fortschritt an Transparenz und Verständlichkeit gegenüber einer Rechtsordnung, die ein und denselben Vertragstyp wie etwa den Darlehens- bzw. Kreditvertrag in verschiedenen Gesetzen regelt oder für bestimmte, im Übrigen im Bürgerlichen Gesetzbuch geregelte Geschäfte Widerrufsrechte vorsieht, deren Voraussetzungen und Rechtsfolgen außerhalb des Bürgerlichen Gesetzbuchs gesucht werden müssen. Diesem Bedürfnis hat der Gesetzgeber bereits mit dem Gesetz über Fernabsatzverträge und andere Fragen des Verbraucherrechts sowie zur Umstellung von Vorschriften auf Euro vom 27. Juni 2000 (BGBl. I S. 897) Rechnung getragen, indem er in einem

ersten Schritt die Grundbegriffe („Verbraucher" und „Unternehmer“, §§ 13, 14 BGB) vereinheitlicht und weitgehend einheitliche Grundregelungen für das Widerrufs- und das Rückgaberecht, deren Konstruktion, Modalitäten und Rechtsfolgen geschaffen und diese Vorschriften in das Bürgerliche Gesetzbuch eingefügt hat (§§ 361a und 361b BGB). Damit ist in der Sache der Weg einer Integration der Verbraucherschutzgesetze in das Bürgerliche Gesetzbuch vorgezeichnet. Dieses erlangt indessen erst durch die Integration auch des AGB-Gesetzes wieder den Rang einer zivilrechtlichen Gesamtkodifikation. Nur durch die Integration der zivilrechtlichen Nebengesetze in das Bürgerliche Gesetzbuch ist zudem auf längere Frist gewährleistet, wieder eine Homogenität in der Regelung des Privatrechts herzustellen und das (zivilrechtliche) Verbraucherrecht an den Grundprinzipien des Bürgerlichen Gesetzbuchs auszurichten.

V. Gesetzgebungskompetenz

Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes ergibt sich aus Artikel 74 Abs. 1 Nr. 1 GG (Bürgerliches Recht, gerichtliches Verfahren). Die Einheitlichkeit des Schuldrechts ist die Grundlage der rechtlichen Gestaltung des Wirtschaftslebens und deshalb für den Wirtschaftsstandort Deutschland unverzichtbar. Eine einheitliche Regelung dieser seit 100 Jahren einheitlich geregelten und in sich geschlossenen Rechtsmaterie durch den Bund ist deshalb zur Wahrung der Rechts- und Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse zwingend erforderlich (Artikel 72 Abs. 2 GG)

VI. Finanzielle Auswirkungen

Der Gesetzentwurf berührt unterschiedliche Bereiche des Schuldrechts. Im Einzelnen stellen sich die möglichen Auswirkungen wie folgt dar:

1. Verjährungsrecht

Die Änderungen der Vorschriften über die Verjährung sind mit einer Ausnahme kostenneutral. Zwar verliert der Gläubiger bei Eintritt der Verjährung die Möglichkeit, eine fällige Forderung durchzusetzen. Die Verjährungsfristen sind aber so bemessen, dass jeder Gläubiger seine Forderungen auch effektiv durchsetzen kann. Andererseits tragen sie auch den Bedürfnissen der Schuldner nach Rechtssicherheit Rechnung. Die weitgehende Vereinheitlichung der Fristen führt zu einem leichter handhabbaren System. Insgesamt führen die Fristen nicht zu Erschwernissen und Belastungen bei den Betroffenen. Die Vereinfachung des Rechts wirkt sich tendenziell kostensenkend aus.

Es lässt sich allerdings nicht ausschließen, dass die vorgesehene Verlängerung der Verjährungsfristen beim Kaufvertrag zu einer Erhöhung von Kosten der Unternehmen führt. Im gleichen Umfang senken sich aber die Belastungen der Käufer, die bisher den aus der Lieferung mangelhafter Waren – und nur dann besteht auf Grund der Vorschriften ein Anspruch – resultierenden Verlust selbst zu tragen hatten. Zu berücksichtigen ist auch, dass nach wissenschaftlichen Untersuchungen jedenfalls bei industriell hergestellten Massengütern die weit überwiegende Zahl der Mängel in den ersten 6 Monaten nach Ablieferung der Waren auftritt, also in der jetzt schon geltenden Verjährungsfrist. Dies lässt erwarten, dass sich die nachteiligen Wirkungen für die Verkäuferseite in Grenzen halten. Die mögliche Belastung der Verkäufer wird durch eine Entlastung der Käufer ausgeglichen. Der Gesetzgeber ist bei der Ausgestaltung speziell dieser Verjährungsfrist im Übrigen auch nicht frei, weil diese Verjährungsfrist durch die erwähnte Verbrauchsgüterkaufrichtlinie für alle Kaufverträge zwischen Unternehmern und Verbrauchern zwingend vorgeschrieben und der Gesetzgeber außerdem gehalten ist, einen effektiven Rückgriff der Händler in der Lieferkette vorzusehen, was ohne eine allgemeine Einführung dieser Frist nicht darzustellen ist.

2. Leistungsstörungsrecht

Die Änderungen im Leistungsstörungsrecht, also bei den Regeln über die Rechte und Pflichten der Beteiligten bei der Verletzung von Verträgen und anderen Schuldverhältnissen, führen im Wesentlichen nicht zu einer Veränderung der materiellen Ergebnisse. Sie führen vielmehr zu einem einfacher handhabbaren und übersichtlicheren Recht. Dies ist für alle von Vorteil und hat daher eine kostensenkende Wirkung. Erhöht werden muss allerdings der Zinssatz bei Verzug im Geschäftsverkehr. Diese Erhöhung ist durch die Zahlungsverzugsrichtlinie zwingend vorgeschrieben und erleichtert den Gläubigern von Forderungen auch deren Durchsetzung, was sich tendenziell entlastend auswirkt. Die Zahlung von Verzugszinsen lässt sich im Übrigen, wie alle nachteiligen Folgen von Leistungsstörungen, auch leicht durch eine vertragsgemäße Leistung, die das Gesetz seit jeher fordert, vermeiden.

3. Kauf- und Werkvertragsrecht

Das Kauf- und Werkvertragsrecht muss an die Vorgaben der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie angepasst werden. Die Regelungen führen im Wesentlichen nicht zu einer Veränderung der materiellen Ergebnisse. Sie führen vielmehr zu einem einfacher handhabbaren und übersichtlicheren Recht. Dies ist für alle von Vorteil und wirkt tendenziell kostensenkend.

Allerdings muss ein Verkäufer auch für unzutreffende Angaben zum verkauften Produkt in der Werbung des Herstellers einstehen. Für einen Ausgleich sorgt ein Rückgriffsrecht, das im Ergebnis dazu führt, dass der Hersteller haftet. Dies ist von der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie zwingend vorgeschrieben und nicht zu vermeiden. Eine Belastung ergibt sich hieraus allerdings nur für Hersteller, die in ihrer Werbung Eigenschaften versprechen, die ihre Produkte nicht aufweisen. Das sollte sich mit wenig Aufwand vermeiden lassen.

4. Integration der Verbraucherschutzgesetze

Neben dem Bürgerlichen Gesetzbuch sind in den letzten Jahrzehnten zahlreiche Sondergesetze entstanden. Diese machen das Schuldrecht unübersichtlich und führen zu erhöhten Transaktionskosten, weil die verschiedenen Schichten des Vertragsrechts oft nicht mehr zu überschauen sind. Außerdem gefährdet dieser Zustand die Einheit des Schuldrechts, weil sich die Sondergesetze zu Sondergebieten mit divergierenden Auslegungen und Begriffsverständnissen auseinanderentwickeln. Der Gesetzgeber hat deshalb bereits mit dem Gesetz über Fernabsatzverträge und andere Fragen des Verbraucherrechts sowie zur Umstellung von Vorschriften auf Euro vom 27. Juni 2000 (BGBl. I S. 897) begonnen, das Schuldrecht wieder im Bürgerlichen Gesetzbuch zusammenzuführen. Nur so lässt sich dauerhaft eine einheitliche Auslegung und Anwendung des Schuldrechts sicherstellen. Dies belastet niemanden und ist tendenziell kostensenkend.

5. Gesamtbewertung

In einer Gesamtabwägung überwiegen die Vorteile und Erleichterungen bei Weitem. Insgesamt sind daher Auswirkungen auf das Preisniveau, insbesondere das Verbraucherpreisniveau, nicht zu erwarten.

B. Zu den einzelnen Vorschriften[3]

Zu Artikel 1 – Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs

Zu Absatz 1

Zu Nummer 1 – Änderung des § 121

Nach § 121 Abs. 1 Satz 1 muss die Anfechtung einer nach § 119 wegen Irrtums oder einer nach § 120 wegen falscher Übermittlung anfechtbaren Willenserklärung unverzüglich nach Kenntniserlangung von dem Anfechtungsgrund erfolgen. Ohne Rücksicht auf diese Kenntnis ist die Anfechtung nach dem bisherigen § 121 Abs. 2 ausgeschlossen, wenn seit der Abgabe der Willenserklärung 30 Jahre verstrichen sind. Künftig soll der Anfechtungsausschluss bereits nach zehn Jahren eintreten. Damit wird eine Angleichung an das neue Verjährungsrecht vorgenommen. An die Stelle der kenntnisunabhängigen regelmäßigen Verjährung von 30 Jahren gemäß dem bisherigen § 195 tritt die Regelverjährungsfrist von drei Jahren nach § 195 RE, deren Beginn nach § 199 Abs. 1 Nr. 2 RE die Kenntnis bzw. grob fahrlässige Unkenntnis von den anspruchsbegründenden Umständen und der Person des Schuldners voraussetzt. Ohne Rücksicht auf die Kenntnis verjähren Ansprüche in der Regel nach § 199 Abs. 2 Satz 1 RE in zehn Jahren und nicht mehr in 30 Jahren. An diese zehnjährige Obergrenze ist die Ausschlussfrist nach § 121 Abs. 2 anzugleichen.

Zu Nummer 2 – Änderung des § 124

Zu Absatz 2

Es handelt sich um eine redaktionelle Folgeänderung aus der Neugestaltung des Verjährungsrechts: An die Stelle der in Absatz 2 Satz 2 bislang genannten Verweisung auf den bisherigen § 203 Abs. 2 und die bisherigen §§ 206 und 207 tritt die Verweisung auf die funktionell entsprechenden §§ 206, 210 und 211 RE.

Zu Absatz 3

Nach § 124 Abs. 1 und 2 muss die Anfechtung einer nach § 123 wegen Täuschung oder Drohung anfechtbaren Willenserklärung binnen eines Jahres nach Entdeckung der Täuschung bzw. Ende der drohungsbedingten Zwangslage erfolgen. Ohne Rücksicht auf hierauf

[3] Wegen der im Folgenden verwendeten Abkürzungen vgl. Legende am Ende der besonderen Begründung

ist die Anfechtung nach dem bisherigen § 124 Abs. 3 ausgeschlossen, wenn seit der Abgabe der Willenserklärung 30 Jahre verstrichen sind. Künftig soll der Anfechtungsausschluss entsprechend den Ausführungen zur Änderung des § 121 Abs. 2 bereits nach zehn Jahren eintreten.

Zu Nummer 3 – Neufassung des fünften Abschnitts des ersten Buches über die Verjährung

Neue Gliederung

Anders als bisher wird der Abschnitt in Titel unterteilt. Dieses Einfügen von neuen Titeln im fünften Abschnitt des ersten Buches dient dazu, die Vorschriften des Verjährungsrechts übersichtlicher zu gestalten. In § 194 bleibt – wie bisher – geregelt, dass Ansprüche Gegenstand der Verjährung sind. Der erste Titel betrifft neben dem Gegenstand der Verjährung die Dauer der Verjährungsfrist, während sich der zweite Titel auf die Umstände bezieht, die einen Einfluss auf den Lauf und das Ende der Verjährungsfrist haben können (Hemmung und Neubeginn der Verjährung). Der dritte Titel regelt schließlich die wesentlichen Rechtsfolgen der Verjährung.

Aufgehobene Vorschriften

Die Neufassung des Verjährungsrechts, deren Grundzüge bereits in der Allgemeinen Begründung dargestellt wurden, bringt die ersatzlose Aufhebung einiger Vorschriften des bisherigen Verjährungsrechts mit sich. Die größte Zahl der in Abschnitt 5 aufgenommenen Vorschriften enthält jedoch Regelungen, die sich bereits im bisherigen Verjährungsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs finden und nun zum Teil unter anderer Paragraphenbezeichnung bzw. zusammengefasst oder mit einer prägnanteren sprachlichen Fassung erscheinen. Von einer ersatzlosen Aufhebung sind im Verjährungsrecht die folgenden Vorschriften betroffen:

Zur Aufhebung der bisherigen §§ 196 und 197

Die bisherigen §§ 196 und 197 betreffen Sonderfälle der kurzen Verjährung, die von der langen regelmäßigen Verjährungsfrist des bisherigen § 195 (30 Jahre) abweichen. Nachdem diese regelmäßige Verjährungsfrist für alle Fälle auf drei Jahre reduziert worden ist, entfällt ein Bedürfnis für Regelungen, wie sie in den bisherigen §§ 196 und 197 enthalten waren, wenn auch nach wie vor eine Sonderregelung für die wiederkehrenden Leistungen (bisheriger § 197) in § 197 Abs. 2 RE erforderlich ist.

Zur Aufhebung der bisherigen §§ 199 und 200

Auf die beiden Vorschriften soll künftig verzichtet werden. Sie betreffen den Verjährungsbeginn bei Kündigung und Anfechtung. Gemäß dem bisherigen § 199 beginnt die Verjährung eines Anspruchs, der von einer Kündigung abhängig ist, in dem Zeitpunkt, in dem die Kündigung zulässig ist, also nicht erst mit der Fälligkeit des Anspruchs (vgl. bisheriger § 198 Satz 1 gegenüber § 199 Abs. 1 Nr. 1 und § 200 Satz 1 RE), die nicht vor der Erklärung der Kündigung eintritt. In ähnlicher Weise bestimmt der bisherige § 200, dass die Verjährung der durch eine Anfechtung ausgelösten Ansprüche mit dem Zeitpunkt beginnt, von welchem an die Anfechtung zulässig ist.

Beide Vorschriften sind nicht nur entbehrlich, sondern ließen sich nur rechtfertigen, wenn vergleichbare Fälle mit einbezogen würden, vor allem der Hauptfall einer möglichen Verzögerung des Verjährungsbeginns, nämlich der Fall der Erteilung einer Rechnung für die vereinbarte Vergütung, auf den die genannten Bestimmungen nach h. M. nicht anzuwenden sind (BGHZ 55, 340, 344; BGH, NJW 1982, 930, 931; BGH, NJW-RR 1987, 237, 239; Palandt/Heinrichs §§ 199, 200 Rdn. 2). Aufschiebend bedingte oder von einem Anfangstermin abhängige Ansprüche verjähren deshalb erst mit Eintritt der Bedingung oder des Anfangstermins, während verhaltene Ansprüche, die jederzeit, aber nur auf Verlangen des Berechtigten zu erfüllen sind, sofort fällig sind und damit auch sofort zu verjähren beginnen.

Zur Aufhebung des bisherigen § 201

Nach dem bisherigen § 201 beginnt die kurze Verjährung der in zwei Jahren verjährenden Ansprüche von Kaufleuten, Handwerkern, Gastwirten, Sachverständigen usw. und der in vier Jahren verjährenden Ansprüche auf wiederkehrende Leistungen nicht mit dem „normalen“ Verjährungsbeginn, sondern erst mit dem jeweiligen Schluss des Jahres.

Sinn dieser Regelung war es, den Betroffenen eine dauernde Kontrolle des Fristablaufs zu ersparen. Hinzukam, dass seinerzeit viele Rechnungen, die unterjährig erteilt wurden, erst am Jahresende beglichen wurden (Peters/Zimmermann, S. 77, 119). Eine solche Regelung ist anderen Rechtsordnungen fremd (Zimmermann, JuS 1984, 409, 418) und in der Sache fragwürdig (Haug, S. 56 f.). Das Abstellen auf das Ende des Fälligkeitsjahres führt dazu, dass je nach dem frühen oder späten Eintritt der Fälligkeit im Jahr dem einen Gläubiger eine Verlängerung der Verjährungsfrist von einem Jahr zugute kommt, wohingegen der andere Gläubiger keinen Vorteil davon hat. Diesen Vorteil sollen nur Gläubiger bestimmter Entgeltforderungen erhalten, andere Gläubiger von Geldforderungen nicht. Ein sachlicher Grund hierfür ist nicht ersichtlich. Die früher maßgeblichen Gesichtspunkte bestehen jedenfalls

heute nicht mehr. Im Zeitalter der elektronischen Buchführung und Fristenkontrolle ist die Überwachung des Entgelteingangs kein Problem mehr; oft ist das Geschäftsjahr auch gar nicht mehr das Kalenderjahr (Krebs, DB Beilage 14/2000, S. 4/5). Entgeltforderungen werden schon angesichts der sonst entstehenden Vorfinanzierungskosten so früh wie möglich geltend gemacht und auch nicht mehr durchweg erst am Jahresende beglichen. Durch das moderne Mahnverfahren ist die Geltendmachung einer Forderung auch stark vereinfacht worden. Schließlich soll die Verjährung für den Großteil der Entgeltforderungen, für die die Ultimoverjährung bisher galt, auch um ein Jahr verlängert werden, was etwaige praktische Schwierigkeiten ausgleicht. Hinzukommt, dass die Erleichterung auch sehr begrenzt ist. Alle anderen Fristen im Zusammenhang mit den Entgeltforderungen, insbesondere Zinsfristen, werden nämlich nicht hinausgeschoben. Für jede Forderungen laufen daher unterschiedliche Fristen, was die Abrechnung nicht erleichtert, sondern erschwert. Deshalb haben Peters/Zimmermann in ihrem Gutachten zum Verjährungsrecht die ersatzlose Aufhebung dieser überholten Bestimmung gefordert. Die Schuldrechtskommission hat sich dem nicht anzuschließen vermocht (Bericht S. 58, 59). Dies hat überzeugende Kritik gefunden (Haug, S. 56, 57; Mansel in: Ernst/Zimmermann, S. 333 ff., 390). Dieser soll Rechnung getragen werden. Mit der Aufhebung des bisherigen § 201 werden Gerichte und Rechtsanwälte, aber auch die Gläubiger selbst von dieser Belastungsspitze zu Jahresschluss befreit.

Zur Aufhebung des bisherigen § 219

Nach dem bisherigen § 219 stehen rechtskräftige Vorbehalturteile nach den §§ 320 und 599 ZPO zum einen dem rechtskräftigen Urteil im Sinne des bisherigen § 211 Abs. 1 gleich. Damit soll klargestellt werden, dass die nach bisherigem Recht durch die Erhebung der Klage bewirkte Unterbrechung bis zum Erlass des Vorbehaltsurteils und nicht noch bis zum Abschluss eines Nachverfahrens andauert. Auf diese Klarstellung kann verzichtet werden. Dass es hinsichtlich des Endes der Unterbrechungswirkung – nach dem Recht des Entwurfs hinsichtlich des Endes der Hemmungswirkung – allein auf den Eintritt der formellen Rechtskraft des Vorbehaltsurteils ankommt und nicht auf die erst mit dem Abschluss des Nachverfahrens eintretende materielle Rechtskraft, dürfte sich von selbst verstehen. Zum anderen stehen nach dem bisherigen § 219 die durch Vorbehaltsurteil rechtskräftig festgestellten Ansprüche hinsichtlich der 30-jährigen Verjährungsfrist nach dem bisherigen § 218 Abs. 1 den rechtskräftig festgestellten Ansprüchen gleich. Hinsichtlich der Verjährungsfrist spielen Fragen der formellen Rechtskraft keine Rolle, so dass diesbezüglich die Vorschrift entbehrlich erscheint. Auch die Schuldrechtskommission sieht in ihrem Bericht keine Verwendung für den bisherigen § 219, ebenso Peters/Zimmermann, S. 326.

Erläuterung der neuen Vorschriften

Zu Titel 1 – Gegenstand und Dauer der Verjährung

Zu § 194 – Gegenstand der Verjährung

Absatz 1 entspricht dem bisherigen Inhalt der Vorschrift. Dies gilt auch für Absatz 2 – abgesehen von einer kleinen sprachlichen Anpassung (Ersetzung der Singularform „Anspruch" durch die Pluralform „Ansprüche").

Vorbemerkung zu §§ 195 bis 197

Zweck der Verjährung

Die Verjährung dient insbesondere bei vertraglichen Ansprüchen der Sicherheit des Rechtsverkehrs und dem Rechtsfrieden (BGHZ 59, 72, 74). Nach einer bestimmten Zeit soll die Ungewissheit über das Bestehen und die Durchsetzbarkeit eines Anspruchs beendet sein. Danach kann die Durchsetzung von Ansprüchen, gleich welcher rechtlichen Natur sie sind, verhindert werden. Dabei kommt die tatsächliche Auswirkung der Verjährung in ihrer rechtlichen Ausgestaltung als rechtshemmende Einrede nicht voll zum Ausdruck: Sie führt de facto zu einem Forderungsverlust und steht so in ihrer Einwirkung auf die Forderung der Erfüllung oder dem Erlass gleich.

Angesichts dieser gravierenden Wirkungen hat die Festlegung der Dauer der Verjährungsfristen besonderes Gewicht. Eng verbunden mit der Frage der Länge der Verjährungsfristen sind Probleme des Beginns, der Unterbrechung und der Hemmung der Verjährungsfristen. Trotz dieses Zusammenhangs bleibt in rechtssystematischer Hinsicht die Dauer der Verjährung eine Einzelfrage, auf die zunächst und für sich genommen eine Antwort gefunden werden muss.

Es müssen dabei verschiedene Gesichtspunkte und Ziele, die miteinander durchaus in Konflikt geraten können, berücksichtigt werden. Neben der grundsätzlichen Entscheidung über die Dauer der Verjährungsfrist ist besonderes Gewicht darauf zu legen, dass die Regelung von Verjährungsfristen möglichst einheitlich und dementsprechend klar ist. Größtes Gewicht kommt der Bemühung um Einheitlichkeit und Klarheit bei der Dauer der Verjährungsfristen zu. Besteht zwischen zwei Parteien eine schuldrechtliche Sonderbeziehung, ist es erwünscht, dass der Eintritt der Verjährung zeitlich klar bestimmbar ist. Die Parteien sollen von vornherein wissen, wie lange sie gegeneinander Ansprüche geltend machen können. Eine

Neubestimmung der Länge der Verjährungsfristen muss daher insbesondere, aber nicht nur bei vertraglichen Ansprüchen von dem Bestreben geleitet sein, die Dauer der Fristen möglichst einheitlich festzulegen. Eine schematisierende Gleichbehandlung aller Ansprüche kann aber zu Wertungswidersprüchen und ungerechtfertigten Gleichstellungen verschiedenster Ansprüche führen. Die Dauer der Fristen hat deshalb neben Einheitlichkeit und Klarheit die verschiedenen Interessenlagen zu berücksichtigen. Sie muss sich am Zweck der Verjährung orientieren. Schutzwürdige Interessen des Schuldners, insbesondere drohende Beweisnot durch Zeitablauf, Verlust zunächst bestehender Regressmöglichkeiten gegen Dritte, sprechen für kurze Verjährungsfristen; Verjährungsrecht ist zunächst ein Anwendungsfall des Schuldnerschutzes. Auf der anderen Seite bedrohen zu kurze Verjährungsfristen das Recht des Gläubigers (vgl. zur sechsmonatigen Frist des derzeit geltenden § 477 insbesondere BGHZ 77, 215, 223). Zu kurze Fristen können verstrichen sein, bevor der Gläubiger von seinem Anspruch wusste oder hätte wissen können. Der Gläubiger muss ausreichend Zeit haben, um Ansprüche wirksam und rechtzeitig geltend machen zu können. Schließlich muss bei der Festlegung der Dauer einer Frist auch berücksichtigt werden, dass die Parteien eines Vertrags zunächst versuchen sollen, sich über die Berechtigung der Ansprüche zu einigen, ohne dass der Gläubiger durch eine zu kurze Verjährungsfrist unter Zeitdruck gerät, was ihn zwingt, seinen Anspruch gerichtlich geltend zu machen.

Mängel des geltenden Rechts

Das geltende Recht bestimmt in dem bisherigen § 195 eine Verjährungsfrist von 30 Jahren. Wenn auch diese Frist vom Gesetz als „regelmäßig“ bezeichnet wird, so lassen schon die in zahlreichen gesetzlichen Vorschriften vorgesehenen kürzeren Verjährungsfristen diese lange Verjährungsfrist zur Ausnahme werden, so dass der bisherige § 195 praktisch einen Auffangtatbestand bildet, der immer dann zur Anwendung kommt, wenn keine kürzere Verjährungsfrist einschlägig ist. So enthält der bisherige § 196 derzeit einen umfangreichen Katalog von Ansprüchen aus - nach der Vorstellung des Gesetzgebers - Geschäften des täglichen Lebens, die entweder in zwei oder in vier Jahren (bisheriger § 196 Abs. 2) verjähren. Ergänzend sieht der bisherige § 197 eine vierjährige Verjährungsfrist für Ansprüche auf regelmäßig wiederkehrende Leistungen vor. Über den Wortlaut hinaus hat die Rechtsprechung diese kürzeren Verjährungsfristen nicht nur auf die vertraglichen Erfüllungsansprüche, sondern auch auf alle Ansprüche angewandt, soweit diese wirtschaftlich an die Stelle der entsprechenden Erfüllungsansprüche getreten sind. Da für derartige Ansprüche entscheidend ist, dass sie einen „Ersatzwert des ursprünglich Bedungenen“ (so schon RGZ 61, 390) zum Inhalt haben, also einen Ausgleich dafür bieten, „dass der Vertrag gescheitert ist“ (BGHZ 57, 191, 195 ff.), können sie auch gesetzlicher Natur sein. Fallen somit hierunter auch Ansprü-

che aus Geschäftsführung ohne Auftrag sowie aus ungerechtfertigter Bereicherung (BGHZ 32, 13, 15; 48, 125, 127), so wird daran deutlich, wie weit die Verkürzung der Verjährungsfristen auf zwei oder vier Jahre zu Lasten der Regelfrist von 30 Jahren heute geltendes Recht ist.

Das Bürgerliche Gesetzbuch behandelt derzeit im Grundsatz sowohl hinsichtlich der Verjährungsfrist als auch des Verjährungsbeginns vertragliche und gesetzliche Ansprüche gleich (vgl. die bisherigen §§ 195, 198), macht davon dann aber jeweils eine Fülle von Ausnahmen. Danach beträgt die Verjährungsfrist für gesetzliche Ansprüche im Prinzip dreißig Jahre; sie beginnt mit der Entstehung des Anspruchs. Aber die Verjährungsfristen werden für einzelne gesetzliche Ansprüche erheblich verkürzt: deliktische Ansprüche ggf. auf drei Jahre (bisheriger § 852 Abs. 1), Bereicherungsansprüche wegen Leistungen, die unter die bisherigen §§ 196, 197 fallen, auf zwei bzw. vier Jahre (vgl. Palandt/Thomas, Rdn. 24 vor § 812). Nicht weniger drastisch als bei der Verjährungsfrist rückt das Gesetz bisweilen von der Entstehung des Anspruchs als Zeitpunkt des Verjährungsbeginns ab. Im Deliktsrecht etwa wird für die Verkürzung der Verjährungsfrist Kenntnis des Verletzten von dem Schaden und der Person des Ersatzpflichtigen vorausgesetzt. Außerhalb des Bürgerlichen Gesetzbuchs finden sich auch ganz andere Anknüpfungen für den Verjährungsbeginn (vgl. beispielsweise § 9 Abs. 2 GmbHG; § 62 Abs. 6 Satz 2 GenG).

Kennzeichnend für die Verjährung von Gewährleistungsansprüchen ist die Abkürzung der Frist auf sechs Monate im Kauf- und Werkvertragsrecht, sofern der Mangel vom Verkäufer bzw. Hersteller nicht arglistig verschwiegen worden ist. Da Ansprüche aus positiver Forderungsverletzung und aus Verschulden bei Vertragsanbahnung im Wege richterlicher Rechtsfortbildung entwickelt wurden, gilt für sie grundsätzlich die bisherige regelmäßige Verjährungsfrist von 30 Jahren. Rechtsprechung und Lehre sind in teilweise unterschiedlicher Weise bemüht, die kürzeren Fristen für Erfüllungsansprüche nach dem geltenden § 196 sowie für Gewährleistungsansprüche auch auf diese Ansprüche anzuwenden. Beispielhaft für die daraus resultierende Problematik soll hier nur darauf hingewiesen werden, dass nach der Rechtsprechung auch auf positiver Forderungsverletzung beruhende Schadensersatzansprüche, sofern der Schaden auf einem Mangel der Kaufsache beruht, der kürzeren Verjährung des bisherigen § 477 unterliegen (vgl. BGHZ 60, 9, 12; 66, 315, 317; BGH, NJW 1973, 276), während im Werkvertragsrecht die kürzere Verjährung des bisherigen § 638 für Ansprüche aus positiver Forderungsverletzung nicht gilt (vgl. BGHZ 35, 130, 132; 87, 239; BGH, NJW 1983, 2439). Für Ansprüche, die nach dem Entwurf einheitlich als Ansprüche aus Pflichtverletzung behandelt werden sollen, gelten demnach im geltenden Recht unterschiedliche Verjährungsfristen von sechs Monaten bis 30 Jahren, wenn man einmal von der kürze-

ren Verjährungsfrist von nur sechs Wochen für die Gewährleistungsansprüche aus Viehkauf absieht.

Ansprüche aus der Rückabwicklung von Verträgen sind gegenwärtig nicht einheitlich geregelt. Maßgebend ist auch hier die Anspruchsgrundlage. Für schuldrechtliche Ansprüche aus planmäßiger Rückabwicklung, insbesondere bei Dauerschuldverhältnissen, gilt die 30-jährige Verjährungsfrist. Die Verjährungsfrist des bisherigen § 197 greift für verzinsliche, ratenweise zu tilgende Darlehen ein. Eine Sonderregelung stellt die Verjährungsfrist von sechs Monaten für Ersatzansprüche des Vermieters nach § 558 dar, die auch für das Pacht- (§ 581 Abs. 2) und das Leihverhältnis (§ 606) gilt.

Für Ansprüche aus unplanmäßiger Rückabwicklung, etwa wegen Unwirksamkeit des Vertrags oder nach Ausübung eines Rücktrittsrechts, gilt ebenfalls grundsätzlich die dreißigjährige Verjährungsfrist, da es sich hierbei vorzugsweise um Ansprüche aus §§ 812 ff. oder aus §§ 346 ff. handelt. Hier wird jedoch, ebenso wie oben dargestellt, die kürzere Verjährungsfrist des bisherigen § 196 angewandt, wenn ein Anspruch aus Rückabwicklung nur an die Stelle des ursprünglichen Erfüllungsanspruchs tritt.

Auch für die Verjährung von Ansprüchen auf Wert-, Verwendungs- und Aufwendungsersatz ist jeweils die Anspruchsgrundlage maßgebend. Stellen sie sich als Nebenansprüche für den Erfüllungsanspruch dar, so gilt die für den Erfüllungsanspruch geltende Verjährungsfrist. Beruhen sie auf einer Pflichtverletzung, so gilt für die Verjährung jeweils die Frist, die für den daraus resultierenden Anspruch maßgebend ist, z. B. aus Geschäftsführung ohne Auftrag.

Unabhängig von der Verjährung der sich aus der Rückabwicklung ergebenden obligatorischen Ansprüche gilt für den Herausgabeanspruch, soweit er nach § 985 auf Eigentum gestützt wird, die dreißigjährige Verjährungsfrist des bisherigen § 195.

Der ebenso unvollständige wie heute teilweise veraltete („Lohnkutscher“, „Tagelöhner“) Katalog vertraglicher Vergütungsansprüche in dem bisherigen § 196 knüpft an die berufliche Tätigkeit des Gläubigers an. Für Gegenansprüche des Geschäftspartners fehlt es somit, abgesehen von den Gewährleistungsansprüchen, an einer Regelung der Verjährung seiner Ansprüche, so dass der bisherige § 195 zur Anwendung kommt. So verjährt der Kaufpreisanspruch eines Kaufmannes entweder in zwei oder, wenn die Ware für den Gewerbebetrieb des Käufers geliefert wurde, in vier Jahren, während der Anspruch des Käufers auf Lieferung und auf Schadensersatz wegen Nichtlieferung in 30 Jahren verjährt.

Wenn auch der Gesetzgeber in dem geltenden § 196 auf Erfüllungsansprüche abstellte, so hat zwar die Rechtsprechung, wie bereits hervorgehoben, durch die Ausdehnung dieser Vorschrift auf die an die Stelle der Erfüllungsansprüche getretenen Ersatzansprüche eine gewisse Vereinheitlichung bewirken können, ohne dadurch jedoch eine systematisch durchgängig geltende einheitliche Verjährungsfrist für Ansprüche der in dem bisherigen § 196 genannten Gläubiger zu erreichen.

Das geltende Recht weist deutliche Mängel auf. Gerade im Bereich der vertraglichen Ansprüche tritt der „fast barock zu nennende Formenreichtum“ (Peters/Zimmermann, S. 187) der unterschiedlichen Verjährungsfristen in einer auch für den Fachmann, geschweige denn für den Laien, kaum überschaubaren Weise zutage. Die mit der Sechswochenfrist der Ansprüche aus Viehmängelhaftung beginnende und mit den in 30 Jahren verjährenden Ansprüchen endende Aufzählung bei MünchKomm/Feldmann, § 195 Rdn. 2-13, macht dies nur allzu deutlich. Dabei erscheint bezeichnend, dass namentlich die unter die 30-Jahres-Frist fallenden Ansprüche lediglich nebeneinander, meist nur belegt mit einem Hinweis auf die einschlägige Rechtsprechung, aufgeführt werden, da eine systematische Einordnung auch nur in groben Umrissen unmöglich ist.

Die allgemeine Verjährungsfrist von 30 Jahren wird auch für gesetzliche Ansprüche als zu lang angesehen. Eine Frist solcher Länge setzt voraus, dass Gläubiger und vor allem der Schuldner die einschlägigen Unterlagen entsprechend lange aufbewahren. Das ist heute schlechthin nicht zu leisten. Als Mangel des geltenden Rechts gilt ferner auch insoweit die nicht hinreichend begründete Vielfalt unterschiedlicher Fristen und Anknüpfungspunkte für den Verjährungsbeginn. Insbesondere wird bemängelt, dass die Beeinträchtigung der Möglichkeit der Rechtsverfolgung durch Unkenntnis des Gläubigers von den Anspruchsvoraussetzungen bei den verschiedenen Ansprüchen ganz unterschiedliche Bedeutung hat. Im Deliktsrecht gibt es eine auf die Kenntnis des Gläubigers abstellende kurze Verjährung, während sie bei der Geschäftsführung ohne Auftrag und bei der ungerechtfertigten Bereicherung fehlt, obwohl der Gläubiger auch hier über die Anspruchsvoraussetzungen im Unklaren sein kann.

Zusammenfassend sind daher folgende entscheidende Mängel des gegenwärtig geltenden Rechts zu konstatieren:

- Die Vielfalt der unterschiedlichen Verjährungsfristen zwischen 6 Wochen und 30 Jahren macht das bisherige Recht undurchschaubar.

- Den geltenden Verjährungsfristen mangelt es an einer systematischen Regelung, die sich auf einheitlich tragende Gesichtspunkte zurückführen ließe.

- Die bisherigen Fristen führen zu nicht vertretbaren Widersprüchen und zwingen die Rechtsprechung dazu, Aus- und Umwege zu erschließen, um zu gerechten Lösungen zu gelangen.

Modell der Schuldrechtskommission

Die Schuldrechtskommission hatte vorgeschlagen, das bisherige System unterschiedlicher Verjährungsfristen gänzlich aufzugeben, weil es unübersichtlich, nicht mehr aktuell und zu einem erheblichen Teil in seiner unterschiedlichen Behandlung der einzelnen Ansprüche auch sachlich nicht mehr vertretbar ist. Die Unterbrechung der Verjährung sollte weitgehend abgeschafft und durch die Hemmung ersetzt werden. Dies sollte insbesondere für die Klageerhebung gelten. Das Verjährungsmodell der Schuldrechtskommission basierte auf unterschiedlichen Verjährungsfristen für die folgenden drei Arten von Ansprüchen:

- Verjährung vertraglicher Ansprüche
- Verjährung gesetzlicher Ansprüche
- Verjährung deliktischer Ansprüche

Verjährung vertraglicher Ansprüche

Nach den Vorschlägen der Schuldrechtskommission sollten alle vertraglichen Ansprüche einheitlich nach drei Jahren verjähren. Die Verjährungsfrist sollte bis auf ein Jahr verkürzt werden können. Die Verjährungsfrist sollte grundsätzlich mit der Fälligkeit des Anspruchs beginnen; für Ansprüche auf Zahlung der vereinbarten Vergütung sollte es – wie in den meisten Fällen bereits heute - auf den Schluss des Rechnungsjahres ankommen, in dem sie fällig werden.

Verjährung gesetzlicher Ansprüche

Gesetzliche Ansprüche (Geschäftsführung ohne Auftrag, ungerechtfertigte Bereicherung, Eigentümer-Besitzer-Verhältnis u.ä.) sollten in 10 Jahren verjähren.

Verjährung deliktischer Ansprüche

Ansprüche aus Delikt sollten bei Personenschäden wie bisher in drei Jahren ab Kenntnis vom Schaden und von der Person des Ersatzpflichtigen, spätestens aber in 30 Jahren verjähren. Für Sachschäden sollte die absolute Verjährungsfrist nicht 30, sondern 10 Jahre betragen, soweit es sich nicht um Ansprüche wegen Amtshaftung handelt.

Herausgabeansprüche wegen absoluter Rechte

Für Herausgabeansprüche aus absoluten Rechten sowie für familien- und erbrechtliche Ansprüche sollte vorbehaltlich anderer Bestimmungen eine Verjährungsfrist von 30 Jahren gelten.

Ausnahmen

- Abweichend von der allgemeinen Regel sollten Mängelansprüche bei Werk- oder Kaufverträgen über ein Bauwerk ebenso wie bei Kaufverträgen über Baumaterial nicht in drei, sondern in fünf Jahren verjähren.

- Abweichend von der allgemeinen Regel sollten gesetzliche Ansprüche und Ansprüche aus Delikt innerhalb der vertraglichen Verjährungsfrist verjähren, wenn sie im Zusammenhang mit dem Vertragsverhältnis entstanden sind.

- Ebenfalls abweichend von der allgemeinen Regel sollten Schadensersatzansprüche wegen Personenverletzungen immer der deliktischen Verjährung unterliegen, auch wenn sie vertraglicher Natur sind.

- Die vertragliche Verjährung sollte sich bei Arglist von drei auf zehn Jahre verlängern.

Modell des Entwurfs

Die vorgenannten Vorschläge der Schuldrechtskommission sind auf Kritik gestoßen. Diese Kritik greift der Entwurf mit dem folgenden Modell auf:

- Der Entwurf übernimmt nicht die Unterscheidung zwischen vertraglichen und nicht vertraglichen Ansprüchen. Er bleibt, wie in der Kritik gefordert (z. B. Haug, S. 32 ff., 36 f.; Mansel in: Ernst/Zimmermann S. 333, 403), vielmehr bei dem bisherigen Ansatz des Bürgerlichen Gesetzbuchs: Es gibt eine regelmäßige Verjährungsfrist, die für alle Ansprüche gilt und von der in bestimmten Bereichen Abweichungen vorgesehen sind.

- Die regelmäßige Verjährungsfrist soll wie im Vorschlag der Schuldrechtskommission drei Jahre betragen (§ 195 RE). Anders als im Vorschlag der Schuldrechtskommission wird sie aber an die deliktische Verjährung im bisherigen § 852 Abs. 1 (vgl. §§ 199, 201 KE) angeglichen. Sie beginnt also nicht mit Pflichtverletzung, wie von der Schuldrechtskommission vorgeschlagen, sondern, wie von Peters/Zimmermann (S. 320 [§ 199]) befürwortet, mit Kenntnis oder, insoweit von § 852 Abs. 1 etwas abweichend, grob fahrlässiger Unkenntnis von den anspruchsbegründenden Tatsachen (§ 199 Abs. 1 Nr. 2 RE). Dies entspricht den Forderungen der Kritik an dem Modell der Schuldrechtskommission (Mansel aaO S. 404; Haug, S. 59 ff.; Eidenmüller, JZ 2001, 283, 285).

- Auch für die Mängelansprüche hatte die Schuldrechtskommission eine Frist von drei Jahren vorgeschlagen, die zwar nicht mit Pflichtverletzung, wohl aber mit dem sehr nahe dabei liegenden Zeitpunkt der Zurverfügungstellung der Sache beginnen sollte (§§ 195 Abs. 1, 196 Abs. 4 KE). Diese Frist erscheint bei Ansprüchen aus Sachmängeln als zu lang und soll auf 2 Jahre verkürzt werden (§ 438 Abs. 1 Nr. 3 RE). Dies betrifft aber nicht nur die verschuldensunabhängigen (so die Forderung von Eidenmüller, JZ 2001, 283, 285), sondern alle Mängelansprüche.

- Wie die Schuldrechtskommission (§ 195 Abs. 3 KE) schlägt der Entwurf für fehlerhafte Einbauteile eine Verjährungsfrist von fünf Jahren vor. Bauhandwerker haften stets innerhalb der fünf Jahre dauernden Verjährungsfrist für ein mangelhaftes Bauwerk, können aber von ihren Verkäufern nur 6 Monate Gewährleistung beanspruchen. Der Entwurf vermeidet diese Falle, indem für solche fehlerhaften Bauteile eine Verjährungsfrist von fünf Jahren vorgesehen wird (§ 438 Abs. 1 Nr. 2 RE). Dieser Vorschlag wird von der Praxis und dem Schrifttum befürwortet. Handwerker und Bauindustrie befürworten ihn ebenfalls. Dagegen würden die Händler es zwar vorziehen, auf eine solche Regelung zu verzichten; sie akzeptieren diese aber wegen ihres unbestreitbaren Gerechtigkeitsgehalts.

Principles of European Contract Law

Das Modell des Entwurfs knüpft damit an das Verjährungsmodell der Principles of European Contract Law an, die die Kommission für Europäisches Vertragsrecht – nach ihrem Vorsitzenden auch als Lando-Kommission bezeichnet – im Februar 2001 verabschiedet hat (deutsche Übersetzung abgedruckt ZEuP 2001 S. 400 ff.). Das darin vorgeschlagene Modell sieht eine regelmäßige Verjährungsfrist von drei Jahren vor, die gehemmt ist, solange der Gläubi-

ger die Person des Schuldners oder die Umstände, auf denen sein Anspruch beruht nicht kennt und vernünftigerweise nicht kennen kann (Artikel 17:102 und 17:105). Sie werden von Zimmermann wie folgt bewertet (ZEuP 2001, 217, 220):

> „Die Grundregeln des Europäischen Verjährungsrechts (die sich übrigens nicht auf das Vertragsrecht beschränken, sondern das Schuldrecht insgesamt erfassen) gehen von der Erkenntnis aus, dass ein möglichst einheitlicher Verjährungsbeginn der Schlüssel zu einem möglichst einheitlichen Verjährungsrecht ist. Eine derartige Einheitlichkeit kann nur auf der Basis des Kenntnis- oder Erkennbarkeitskriteriums erreicht werden (unabhängig davon, ob dieses Kriterium tatsächlich den Verjährungsbeginn bestimmt oder – so die Europäischen Grundregeln – eine Anlaufhemmung darstellt ...). Dann (und nur dann) ist auch eine weitgehend einheitliche Frist von drei Jahren sinnvoll. Dies entspricht auch der internationalen Entwicklung, die, berücksichtigt man die Neuregelungen und Reformvorschläge der vergangenen einhundert Jahre, im Wesentlichen durch drei Trends gekennzeichnet ist: Verkürzung der Fristen, Vereinheitlichung der Fristen und Aufstieg des Erkennbarkeitskriteriums für den Verjährungsbeginn."

Dieser Analyse folgt der Entwurf. Peters/Zimmermann hatten in ihrem Gutachten zur Überarbeitung des Schuldrechts aus dem Jahre 1981 eine regelmäßige Verjährungsfrist von zwei Jahren – gleichfalls in Kombination mit dem Kenntnis- oder Erkennbarkeitskriterium – vorgeschlagen (S. 315 f. dort: § 195 Abs. 1 und § 199 Satz 1). Sie hatten aber schon dort eine dreijährige Verjährungsfrist als Alternative zur zweijährigen Verjährungsfrist anerkannt (S. 298). Das wird heute allgemein so gesehen.

Zu § 195 – Regelmäßige Verjährungsfrist

§ 195 RE enthält mit der Bestimmung einer regelmäßigen Verjährungsfrist denselben Ansatz wie der geltende § 195. Er unterscheidet sich insoweit grundlegend von dem Vorschlag der Schuldrechtskommission, die in § 195 Abs. 1 und § 198 Satz 1 KE für die Verjährung nach dem Entstehungsgrund der Ansprüche unterschieden hat.

Hierzu hatte die Schuldrechtskommission u. a. ausgeführt (Bericht, S. 66):

> „Die Rechtsordnung unterscheidet je nach dem Entstehungsgrund eines Anspruchs zwischen vertraglichen und gesetzlichen Ansprüchen. Entsprechend lässt sich hinsichtlich der Gestaltung der Verjährungsfristen und des Verjährungsbeginns auf eine möglichst große Einheitlichkeit hinarbeiten oder umgekehrt den Verschiedenheiten der Anspruchsvoraussetzungen und -inhalte auch bei der Verjährungsfrist und ihrem Lauf Rechnung tragen. Verjährungsrechtlich spielt auch die Kenntnis des Gläubigers vom Bestehen seines Anspruchs bei ge-

> setzlichen Schuldverhältnissen eine andere Rolle als bei vertraglichen Ansprüchen. Anders als innerhalb von schuldrechtlichen Vereinbarungen, bei denen sich die Parteien regelmäßig kennen, weiß der Gläubiger bei gesetzlichen Ansprüchen nicht immer, wer sein Schuldner ist. Das gilt insbesondere für Schadensersatzansprüche; aber auch bei Geschäftsführungen ohne Auftrag oder bei Bereicherungsvorgängen kommt es nicht selten vor, dass der Berechtigte davon und von den sich daraus ergebenden Ansprüchen keine Kenntnis hat."

Die Schuldrechtskommission hatte – wie oben ausgeführt - die rechtspolitisch erhobene Forderung nach einer deutlichen Verkürzung der derzeitigen 30-jährigen Verjährungsfrist aufgegriffen und für vertragliche Ansprüche eine Frist von drei Jahren (§ 195 KE), für gesetzliche Ansprüche eine solche von zehn Jahren (§ 198 Satz 1 KE) vorgeschlagen. Die unterschiedlichen Fristen sah sie auf Grund der oben angedeuteten Überlegungen gerechtfertigt.

Der Entwurf sieht indes davon ab, diese Unterscheidung zwischen gesetzlichen und vertraglichen Ansprüchen zu übernehmen. Auch im geltenden Recht knüpft die Verjährung hieran nicht an. Die erwähnten Schwierigkeiten des Gläubigers bei der Durchsetzung seines gesetzlichen Anspruchs können zwar gegeben sein, sind jedoch keineswegs zwingend mit der systematischen Einordnung eines Anspruchs als „gesetzlich" oder „vertraglich" verbunden. Auch ein gesetzlicher Anspruch wird durch einen tatsächlichen Umstand ausgelöst, der dem Gläubiger in aller Regel sofort bekannt wird: So z. B. Vorgänge, die auf seine Kosten zur Bereicherung eines anderen führen und dadurch einen Bereicherungsanspruch gemäß §§ 812 ff. begründen. Umgekehrt kann es auch verworrene Vertragsverhältnisse geben, bei denen der Anspruchsinhalt und – etwa bei einer Vielzahl von Vertragspartnern - möglicherweise auch der Anspruchsgegner nicht ohne Schwierigkeiten erkennbar sind. Kommt noch hinzu, dass einer oder mehrere der Vertragspartner mit unbekanntem Aufenthalt verziehen, so können sich auch hieraus rein tatsächliche Schwierigkeiten bei der Durchsetzung eines Anspruchs ergeben, wie sie die Schuldrechtskommission als prägend für die gesetzlichen Ansprüche angenommen hat.

Die Problematik der von der Schuldrechtskommission vorgenommenen Unterscheidung zeigt sich auch an ihren folgenden Ausführungen (Bericht, S. 47):

> „Hierunter (d. h. unter Ansprüche, die auf Vertrag beruhen) fallen zunächst alle Ansprüche auf Erfüllung eines Vertrags. Die Rechtsprechung hat jedoch auch Ersatz- und Nebenansprüche, die wirtschaftlich an die Stelle eines Primäranspruchs „als Ersatzwert des ursprünglich Bedungenen" treten oder diesen ergänzen, der Verjährungsfrist des Vergütungsanspruchs unterworfen und zwar auch dann, wenn es sich um einen gesetzlichen Anspruch handelt. Jedenfalls in den Fällen, in denen zwischen den Parteien ein Vertrag bestand, beruhen derartige Ansprüche auf dem Vertrag im Sinne des § 195 Abs. 1 (vgl. z. B. BGHZ 50, 25 zum Anspruch

> des Auftragnehmers gemäß § 6 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B; BGH, NJW 1984, 793: Schadensersatz wegen Nichterfüllung aus § 325). Wird ein derartiger Anspruch auf ungerechtfertigte Bereicherung oder Geschäftsführung ohne Auftrag gestützt, etwa wegen Fehlens einer vertraglichen Grundlage (BGHZ 48, 125: Anspruch auf Vergütung eines KZ-Häftlings gegen eine ehemalige Rüstungsfirma) oder wegen Nichtigkeit eines Vertrags auf Grund Formmangels (BGHZ 72, 229, 233), so unterliegt dieser Anspruch ebenfalls der kurzen vertraglichen Verjährungsfrist. Besteht die Bereicherung in der Befreiung von einer Verbindlichkeit, so gilt für den Anspruch aus § 812 dieselbe Verjährungsfrist wie für die Verbindlichkeit, da der Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung den Verpflichteten nicht stärker belasten soll als die ursprüngliche Schuld (BGHZ 70, 389, 395; 89, 82, 87). Schließlich gilt nach OLG Hamburg, MDR 1971, 141 für den Erfüllungsanspruch sowie nach BGHZ 73, 266 für den Schadensersatzanspruch gegen den vollmachtlosen Vertreter die Verjährungsfrist, die für die entsprechenden Ansprüche aus dem Vertrag gegolten hätte, der mangels Vollmacht und Genehmigung durch den Vertretenen nicht wirksam zustande gekommen ist. Ob und inwieweit derartige gesetzliche Ansprüche als" auf Vertrag beruhende Ansprüche" angesehen werden, wenn die Verjährungsfristen für die gesetzlichen Ansprüche von dreißig auf zehn Jahre herabgesetzt sind, muss der Rechtsprechung überlassen bleiben."

Die Ausführungen betreffen die Einordnung von „Ersatz- und Nebenansprüchen", die wirtschaftlich an die Stelle eines vertraglichen Anspruchs treten, insbesondere Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung oder Geschäftsführung ohne Auftrag. Angeführt ist die Rechtsprechung zum geltenden Recht, die in den genannten Fällen die kurze Verjährung angenommen hat, die für den vertraglichen Anspruch gesetzlich vorgesehen war. Sie bezieht sich allerdings in erster Linie auf den geltenden § 196: Die Formulierung dieser Vorschrift lässt die oben beschriebene Auslegung durch die Rechtsprechung zu, weil dort die Forderungen nur allgemein umschrieben sind, z. B. in Nr. 1 „Ansprüche der Kaufleute ... für Lieferung von Waren". Der von der Schuldrechtskommission vorgeschlagene § 195 Abs. 1 KE sollte jedoch einen „auf Vertrag beruhenden Anspruch" betreffen. Das ist ein Bereicherungsanspruch aber auch dann nicht, wenn er der Rückabwicklung eines Vertragsverhältnisses dient. Er beruht dann gerade darauf, dass ein Vertrag **nicht** besteht. Ebenso beruht ein Anspruch aus § 179 Abs. 1 gegen den vollmachtlosen Vertreter gerade darauf, dass ein Vertrag mangels Genehmigung des Vertretenen **nicht** zustande gekommen ist. Eine Anwendung des vorgeschlagenen § 195 Abs. 1 KE auf diese Fälle wäre also nicht ohne erheblichen Argumentationsaufwand möglich, wenn auch in der Sache der Schuldrechtskommission darin Recht zu geben ist, dass derartige Ansprüche der kurzen Verjährung vertraglicher Ansprüche unterliegen sollten.

Die Lösung dieser bereits jetzt erkennbaren Probleme sollte auch nicht einfach der Rechtsprechung überlassen werden. Vielmehr muss gerade bei einer vollständigen Neuregelung

des Verjährungsrechts der Gesetzgeber selbst darauf bedacht sein, von vornherein erkennbare Anwendungsschwierigkeiten zu vermeiden. Der Entwurf verzichtet deshalb für das Verjährungsrecht auf die Unterscheidung zwischen gesetzlichen und vertraglichen Ansprüchen und behält in § 195 E eine Bestimmung bei, die eine „regelmäßige Verjährungsfrist“ festlegt. Dies dient nicht zuletzt auch der Entlastung der Justiz, da die Anwendung des Verjährungsrechts dadurch erheblich vereinfacht wird. Eine solche Regelung kann im Übrigen auch erheblich leichter in anderen Rechtsgebieten als eine Art Auffangvorschrift herangezogen werden, wenn die Verjährung bestimmter Ansprüche dort nicht speziell geregelt ist.

Ausgangspunkt der Überlegungen zur Länge der Verjährungsfrist ist, dass im Gegensatz zum bestehenden Recht die Länge der Verjährungsfristen für alle Ansprüche in möglichst weitgehendem Umfang einheitlich geregelt werden muss. Nur dies kann dazu führen, das Verjährungsrecht in einer Weise zu vereinfachen, dass es für die Praxis leichter durchschaubar und anwendbar wird. Zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang auch, dass viele Fragen zur Auslegung etwa des Gewährleistungs- und Vertragsverletzungsrechts letztlich in der Unzulänglichkeit und auch Ungerechtigkeit des geltenden Verjährungsrechts ihren Ursprung haben. Ein einfaches und in sich schlüssiges Verjährungsrecht würde solchen Fragen die Grundlage entziehen. Folge eines einfachen und damit leicht anzuwendenden Verjährungsrechts wäre daher auch eine deutliche Entlastung der Justiz.

Bei der Bestimmung der regelmäßigen Verjährungsfrist folgt der Entwurf der Überlegung von Peters/Zimmermann, dass sich durch eine Verjährungsfrist nach dem Vorbild der deliktischen Verjährung im geltenden § 852 Abs. 1 der größtmögliche Vereinfachungseffekt erzielen lässt. Er lehnt sich indessen, anders als Peters/Zimmermann dies seinerzeit vorgeschlagen hatten, stärker an den geltenden § 852 Abs. 1 an und sieht davon ab, die dort vorgesehene Frist von drei Jahren zu verkürzen. Eine kürzere Verjährungsfrist erscheint nicht angezeigt. Dafür spricht zunächst, dass Ansprüche nach dem Produkthaftungsgesetz gemäß dessen § 12 Abs. 1 in drei Jahren von dem Zeitpunkt an verjähren, in dem der Ersatzberechtigte von dem Schaden, dem Fehler und von der Person des Ersatzpflichtigen Kenntnis erlangt hat oder hätte erlangen müssen. Diese Regelung ist durch Artikel 10 Abs. 1 der Richtlinie des Rates vom 25. Juli 1985 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Haftung für fehlerhafte Produkte (85/374/EWG; ABl. L 210 S. 29) vorgegeben und nicht verkürzbar. Diese Frist engt den Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers wertungsmäßig sehr ein. Wenn schon für einen Bereich der verschuldensunabhängigen Haftung eine Frist von drei Jahren vorgegeben ist, kann die Frist bei schuldhaftem Verhalten nicht kürzer sein. Diese bisher schon in § 852 Abs. 1 vorgesehene Frist ist auch sachlich angemessen. Im Bereich der unerlaubten Handlungen wird eine Frist von weniger

als drei Jahren oft nicht zur effektiven Rechtsverfolgung ausreichen. Dies gilt etwa für den Bereich der Arzthaftung. Hier ist regelmäßig nicht einfach festzustellen, worauf zu beobachtende Schäden zurückgehen und wer hierfür verantwortlich ist. Bei schweren Personenschäden kommt hinzu, dass der Geschädigte vielfach längere Zeit zu einer Rechtsverfolgung schon deshalb nicht in der Lage ist, weil er zuerst genesen muss. Die Frist von drei Jahren erweist sich aber auch in anderen Bereichen als notwendig. Zu nennen wäre der Bereich der gewerblichen Schutzrechte. Hier wird die Verletzung oft erst spät entdeckt. Deshalb muss die Zeit ausreichend lang bemessen sein.

Diese im Bereich der unerlaubten Handlungen entwickelte Regelung ist auch für andere gesetzliche und in der Regel auch für vertragliche Ansprüche angemessen. Dies gilt für Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung oder Geschäftsbesorgung, aber auch z. B. für Ansprüche aus Vertragsverletzung, bei denen die Aufklärungsmöglichkeiten des Geschädigten meist genauso beschafften sind wie bei den Ansprüchen aus unerlaubter Handlung. Da solche Ansprüche nicht selten konkurrieren, soll die Frist des geltenden § 852 Abs. 1 auch für sie gelten. Sie erlaubt es gleichzeitig, die verschiedenen überholten Verjährungsfristen für Entgeltansprüche zu harmonisieren.

Für Mängelansprüche ist diese Frist indessen nicht geeignet, weshalb hierfür eine kürzere Frist von zwei Jahren vorgesehen werden soll, die auch nicht erst mit Kenntnis bzw. grob fahrlässiger Unkenntnis beginnen soll, sondern schon mit Lieferung der Sache oder Abnahme des Werks. Dies schränkt den Vereinheitlichungseffekt der neuen Regelungen ein. Der Entwurf erreicht aber dennoch das gesteckte Ziel:

- Für die meisten Ansprüche gilt jetzt einheitlich die regelmäßige Verjährungsfrist.

- Diese ist so gestaltet, dass sie es auch erlaubt, in Zukunft auf Sonderverjährungsvorschriften in den verschiedensten Bereichen zu verzichten.

- Die regelmäßige Verjährungsfrist ist den neuen besonderen Verjährungsfristen so nahe gerückt, dass die unterschiedliche Verjährung künftig keine Veranlassung mehr bietet, systematisch weniger naheliegende Konstruktionen zu entwickeln, um die – so nicht mehr bestehenden - Nachteile der unterschiedlichen Verjährungsfristen auszugleichen.

Dem geltenden § 852 nachgebildet ist die Frist insgesamt. Konstruktiv regelt § 195 RE nur die eigentliche Frist, während § 199 RE ihren Beginn regelt.

Zu § 196 – Verjährungsfrist bei Rechten an einem Grundstück

Nach § 196 RE gilt eine Verjährungsfrist von zehn Jahren für Ansprüche auf Begründung, Übertragung oder Aufhebung eines Rechts an einem Grundstück. Mit der Zehnjahresfrist soll insbesondere den Besonderheiten von Verträgen Rechnung getragen werden, die Grundstücke und/oder Rechte an Grundstücken zum Inhalt haben.

Diese bestehen darin, dass die Durchsetzbarkeit von Ansprüchen, die sich auf Grundstücksrechte beziehen, nicht allein von dem Willen und dem Handlungsspielraum der Parteien abhängen. Der Leistungserfolg, der zur Erfüllung führt, ist jedenfalls nicht ausschließlich von der Leistungshandlung des Schuldners abhängig, und zwar insbesondere deshalb, weil Veränderungen von Rechten an Grundstücken der Eintragung ins Grundbuch bedürfen. Hier können Zeitverzögerungen von erheblicher Dauer eintreten, die den Gläubiger nicht dazu zwingen sollen, voreilig gegen den Schuldner vorzugehen, der selbst leistungsbereit ist und auch alles zur Erfüllung Erforderliche getan hat. So kann insbesondere beim Kauf eines noch nicht vermessenen Grundstücks eine erhebliche Zeit verstreichen, bis das Grundstück vermessen und das Vermessungsergebnis in das Kataster eingetragen worden ist. Verzögerungen können sich auch im Zusammenhang mit der vom Finanzamt zu erteilenden Unbedenklichkeitsbescheinigung ergeben, wenn der Käufer über die Höhe der Grunderwerbssteuer mit dem zuständigen Finanzamt streitet und deshalb die Unbedenklichkeitsbescheinigung nicht erteilt wird. Hinzu kommen oft Verzögerungen, die sich aus der Belastung der Gerichte ergeben.

Ein weiterer Anwendungsfall ist die „stehengelassene" Grundschuld. Ist zur Sicherung eines Darlehens zu Gunsten des Kreditinstituts eine Grundschuld eingetragen, wird mit der Tilgung des Darlehens in der Regel der Rückgewähranspruch hinsichtlich der Grundschuld aus dem Sicherungsvertrag fällig. In der Praxis verzichtet der Sicherungsgeber oftmals darauf, seinen Übertragungs-, Verzichts- oder Aufhebungsanspruch geltend zu machen. Der Grund liegt regelmäßig darin, dass das Pfandrecht für einen erneuten Kreditbedarf verwendet und dann unmittelbar auf den neuen Kreditgeber übertragen werden kann. Dies spart die Kosten einer Abtretung. Mit der zehnjährigen Verjährungsfrist hat der Sicherungsgeber eine ausreichende Zeitspanne zur Verfügung, innerhalb der er sich entscheiden kann, ob er eine vorsorglich „stehengelassene" Grundschuld letztlich doch zurückfordert.

Zu § 197 – Verjährung bei Herausgabeansprüchen, familien- und erbrechtlichen Ansprüchen und festgestellten Ansprüchen

Zu Absatz 1

Die lange Verjährungsfrist von 30 Jahren soll in einigen Fällen erhalten bleiben.

Zu Nummer 1

Herausgabeansprüche aus dinglichen Rechten, worunter insbesondere das Eigentum fällt, sollen in 30 Jahren verjähren. Derartige Ansprüche zielen auf die Verwirklichung des dinglichen Rechts ab. Die Verjährung dieser Ansprüche in kurzen Fristen würde die Verwirklichung des Stammrechts in Frage stellen. Dem trägt der Entwurf dadurch Rechnung, dass die bisherige Verjährungsfrist von 30 Jahren für diese aus dem dinglichen Recht fließenden Herausgabeansprüche erhalten bleiben soll. Dies soll jedoch nicht für Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche aus absoluten Rechten gelten. Es besteht kein praktisches Bedürfnis, die Verjährungsfrist für Unterlassungsansprüche bei 30 Jahren zu belassen, weil sie bei jeder Zuwiderhandlung neu entstehen. Von einer Einbeziehung der Beseitigungsansprüche in die 30-jährige Verjährungsfrist wurde ebenfalls abgesehen. Sie würde regelmäßig zu Abgrenzungsschwierigkeiten zum deliktischen Beseitigungsanspruch führen, der nach der Regelverjährungsfrist von drei Jahren verjährt. Außerdem wird der Gläubiger solcher Ansprüche bereits durch den auch für Unterlassungsansprüche geltenden kenntnisabhängigen Beginn der regelmäßigen Verjährungsfrist nach § 199 RE ausreichend vor einem unerwarteten Rechtsverlust geschützt.

Zu Nummer 2

Auch für Ansprüche aus dem Erb- und aus dem Familienrecht soll es bei der bisher geltenden Verjährungsfrist von 30 Jahren bleiben. Dieser Entscheidung des Entwurfs liegt zugrunde, dass sich die maßgeblichen Verhältnisse mitunter erst lange Zeit nach der Anspruchsentstehung klären lassen (z. B. im Erbrecht infolge späten Auffindens eines Testaments). Wie der Eingangshalbsatz „soweit nicht ein anderes bestimmt ist“ von Absatz 1 klarstellt, bleiben die im vierten und fünften Buch enthaltenen besonderen Verjährungsbestimmungen oder auch die Unverjährbarkeit nach § 194 Abs. 2 RE unberührt.

Zu Nummer 3 bis 5

Ist ein Anspruch rechtskräftig festgestellt, kann es sowohl für den Gläubiger – insbesondere wenn der Schuldner zunächst nicht zahlungsfähig ist - als auch für den Schuldner von großer Bedeutung sein, wie lange aus dem Titel vollstreckt werden kann. Die Nummern 3 bis 5 sehen deshalb entsprechend dem bisherigen § 218 Abs. 1 für rechtskräftig festgestellte An-

sprüche, Ansprüche aus vollstreckbaren Vergleichen oder vollstreckbaren Urkunden und Ansprüche, die durch die im Insolvenzverfahren erfolgte Feststellung vollstreckbar geworden sind, eine 30-jährige Verjährungsfrist vor.

Von den betroffenen Schuldnern wird teilweise beklagt, die Verjährungsfrist für rechtskräftig festgestellte Ansprüche von 30 Jahren sei zu lang, da es – möglicherweise unverschuldet - in finanzielle Not geratenen Schuldnern durch eine derart lange Vollstreckungsverjährung zeitlebens unmöglich gemacht werde, sich von Altschulden freizumachen und eine neue Existenz zu gründen. In diesem Zusammenhang wird die im Entwurf in § 212 Abs. 1 Nr. 2 DE beibehaltene Regelung des bisherigen § 209 Abs. 2 Nr. 5 erwähnt, wonach Vollstreckungshandlungen zur Unterbrechung der Verjährung – in der Terminologie des Entwurfs zum Neubeginn der Verjährung – führen. Deshalb ist in der Vergangenheit vorgeschlagen worden, die Verjährungsfrist für vollstreckungsfähige Titel herabzusetzen.

Der Entwurf sieht dennoch in den Nummern 3 bis 5 die unveränderte Übernahme des bisherigen § 218 Abs. 1 vor. Die Durchsetzung einer rechtskräftig festgestellten Forderung durch den Gläubiger ist nicht von ihm allein beherrschbar. Sie hängt entscheidend von den Möglichkeiten ab, die das vollstreckbare Vermögen des Schuldners ihm bietet. Die Verjährungsfrist muss deshalb so bemessen sein, dass der Gläubiger auch dann eine effektive Chance hat, seine Forderung durchzusetzen, wenn der Schuldner kein oder kein ausreichendes vollstreckungsfähiges Vermögen hat. Dazu reicht die neue Regelverjährung von drei Jahren keineswegs aus. Hinzu kommt, dass ein Gläubiger, dem z. B. durch einen Unfall, eine Straftat oder wegen Hingabe eines Darlehens Ansprüche entstanden sind, ein berechtigtes Interesse daran haben kann, seine rechtskräftig festgestellten Ansprüche noch nach zehn oder 20 Jahren durchzusetzen, wenn sich die finanziellen Verhältnisse des Schuldners gebessert haben. Es wäre zwar denkbar, die Verjährung für rechtskräftig festgestellte Ansprüche z. B. nach dem Vorbild des Schweizer Rechts bei zehn Jahren anzusetzen. Das aber würde den Gläubiger dazu zwingen, intensiver auf den Schuldner durch Vollstreckungshandlungen einzuwirken. Dies liegt weder im Interesse des Schuldners noch im Interesse des Gläubigers und würde letztlich auch nur dazu führen, dass die ohnehin und in den neuen Ländern besonders knappen Vollstreckungsressourcen der Justiz unnötig intensiv in Anspruch genommen werden. Eine kürzere Verjährungsfrist würde deshalb auch dazu führen, dass der Gläubiger möglicherweise aussichtslose Vollstreckungsversuche zur Herbeiführung des Neubeginns der Verjährung unternimmt, deren Kosten letztlich wiederum dem Schuldner zur Last fielen.

Das Interesse eines finanziell in Not geratenen Schuldners, nach einer gewissen Zeit von Altschulden frei zu sein, um eine neue Existenz aufbauen zu können, kann nicht durch eine Verkürzung der Verjährungsfrist für rechtskräftig festgestellte Ansprüche gelöst werden. Dies ist vielmehr Aufgabe des Insolvenzrechts, das dem Schuldner die Möglichkeit einer Restschuldbefreiung einräumt und ihm damit einen Neuanfang eröffnet.

Auch der Umstand, dass der Schuldner, der Teilleistungen auf den rechtskräftigen Titel erbracht hat, in Beweisschwierigkeiten geraten kann, wenn 30 Jahre lang vollstreckt werden darf, gebietet keine Verkürzung der Verjährung. Denn es muss dem Schuldner zugemutet werden, insoweit für die Sicherung der Beweise zu sorgen.

Rechtskräftig festgestellt ist ein Anspruch wie bisher, wenn ein Urteil oder ein anderer Titel vorliegt, der ihn rechtskräftig feststellt. Es kommt nicht darauf an, im welchem Verfahren das Urteil ergangen ist. Endurteile reichen ebenso aus wie Vorbehaltsurteile nach §§ 302, 599 ZPO (siehe die obige Begründung zur Aufhebung des bisherigen § 219). Dabei ist auf die formelle Rechtskraft abzustellen.

Zu Absatz 2

Wie oben zur Aufhebung des bisherigen § 197 bereits erwähnt, ist durch die Einführung der regelmäßigen Verjährungsfrist von drei Jahren die Sonderregelung des bisherigen § 197 über die kurze Verjährungsfrist für Ansprüche auf Rückstände von regelmäßig wiederkehrenden Leistungen grundsätzlich überflüssig.

Da aber nach Absatz 1 Nr. 2 allgemein familien- und erbrechtliche Ansprüche erst in 30 Jahren verjähren, muss hierfür eine Ausnahme entsprechend dem Regelungsinhalt des bisherigen § 197 vorgesehen werden. Nach der ersten Alternative des Absatzes 2 tritt deshalb für familien- und erbrechtliche Ansprüche nach Absatz 1 Nr. 2 an die Stelle der 30-jährigen Verjährungsfrist die regelmäßige Verjährungsfrist von drei Jahren, soweit die Ansprüche regelmäßig wiederkehrende Leistungen oder Unterhaltsleistungen zum Inhalt haben. Wie bislang sind auch künftig nur Rückstände erfasst, da die Verjährung nach § 199 Abs. 1 RE nicht vor der Fälligkeit des Anspruchs beginnt.

Eine Erweiterung gegenüber dem bisherigen § 197 wird dahingehend vorgenommen, dass nunmehr allgemein Unterhaltsleistungen einbezogen werden, obwohl Unterhalt nicht notwendigerweise als regelmäßig wiederkehrende Leistung geschuldet wird; aber die Interessenlage ist vergleichbar, da auch Unterhaltsleistungen gewöhnlich aus dem laufenden Ein-

kommen des Schuldners zu tilgen sind. Es ist daher sachgerecht, die Regelung der ersten Alternative auch auf solche Unterhaltsleistungen zu erstrecken, die nicht regelmäßig wiederkehrend sind, z. B. Sonderbedarf. Insoweit gilt bisher: Nach einer Entscheidung des BGH vom 27. Januar 1988 (BGHZ 103, 160) unterliegt der Anspruch auf unterhaltsrechtlichen Sonderbedarf gemäß § 1613 Abs. 2 nicht der vierjährigen Verjährung von Unterhaltsansprüchen nach dem bisherigen § 197, sondern vielmehr der allgemeinen Verjährung in dreißig Jahren gemäß dem bisherigen § 195. Der BGH begründet diese Entscheidung insbesondere damit, dass es sich bei einem Anspruch auf Unterhalt wegen Sonderbedarfs nicht um den Anspruch auf eine wiederkehrende Leistung handelt, der für die verkürzte Verjährungsfrist in dem bisherigen § 197 vorausgesetzt wird.

Auch wenn die Entscheidung des BGH für das geltende Recht aus den dort bezeichneten Gründen für zutreffend erachtet wird, soll dieser Unterhaltsanspruch wegen Sonderbedarfs künftig nicht länger einer dreißigjährigen Verjährung unterliegen. Unterhalt – und dies gilt auch für den Sonderbedarf – stellt stets die Befriedigung aktueller Bedürfnisse dar. Eine jahrzehntelange Verjährungsfrist wirkt hier wenig sachgerecht. Daneben stellt § 1613 Abs. 2 ohnehin eine Ausnahmevorschrift dar, deren Sonderfall-Charakter nicht durch die mit 30 Jahren überlange Verjährung noch unterstrichen werden sollte.

Nach der zweiten Alternative des Absatzes 2 tritt bei rechtskräftig festgestellten Ansprüchen, Ansprüchen aus vollstreckbaren Vergleichen oder vollstreckbaren Urkunden und Ansprüchen, die durch die im Insolvenzverfahren erfolgte Feststellung vollstreckbar geworden sind, an die Stelle der 30-jährigen Verjährungsfrist die regelmäßige Verjährungsfrist von drei Jahren, soweit die Ansprüche künftig fällig werdende regelmäßig wiederkehrende Leistungen zum Inhalt haben. Die zweite Alternative entspricht damit dem bisherigen § 218 Abs. 2.

Zu § 198 – Verjährung bei Rechtsnachfolge

Die Vorschrift entspricht inhaltlich dem bisherigen § 221 und wird nur leicht an den heutigen Sprachgebrauch angepasst.

Vorbemerkung zu den §§ 199 bis 201

Neben der Länge der Verjährungsfrist ist deren Beginn von entscheidender Bedeutung dafür, ob ein Anspruch infolge Zeitablaufs außer Kraft gesetzt wird. Eine kurze Verjährungsfrist kann für den Gläubiger ungefährlich sein, wenn die Frist erst spät zu laufen beginnt. Umgekehrt kann sich trotz einer langen Verjährungsfrist der Verjährungsbeginn als absolute Sper-

re für die Durchsetzung des Anspruchs auswirken, wenn die Verjährungsfrist unabhängig von der Kenntnis des Gläubigers, dass ihm der Anspruch zusteht, zu laufen beginnt.

Das Gesetz muss einen allgemeinen Anknüpfungspunkt für den Verjährungsbeginn festlegen. Fraglich ist dann, inwieweit für bestimmte Anspruchsinhalte abweichende tatbestandliche Anknüpfungen vorzusehen sind. Insbesondere Ansprüche wegen Verletzung vertraglicher Pflichten müssen hinsichtlich des Verjährungsbeginns von den Erfüllungsansprüchen abgekoppelt werden, weil die Vertragspflichtverletzung keinen Bezug zum Lauf der Verjährungsfrist für den Anspruch auf die Primärleistung zu haben braucht (z. B. bei Verletzung einer Schutzpflicht). Aber selbst wo dies der Fall ist, kann sich ein unterschiedlicher Verjährungsbeginn je nach dem empfehlen, ob sich die Leistungsstörung gegenständlich niederschlägt (z. B. Mangelhaftigkeit der Kaufsache) oder nicht.

Das geltende Recht enthält in § 198 eine grundsätzliche Regelung des Verjährungsbeginns, macht davon aber in den folgenden Bestimmungen und anderswo zahlreiche Ausnahmen. Die Verjährung beginnt regelmäßig mit der Entstehung des Anspruchs. Hängt dieser von einer Kündigung oder Anfechtung ab, beginnt die Verjährung derzeit schon mit dem Zeitpunkt, von welchem ab das Gestaltungsrecht ausgeübt werden konnte (bisherige §§ 199, 200 Satz 1). Bei Ansprüchen auf bestimmte Leistungen des täglichen Lebens, für die eine kurze Verjährungsfrist von zwei bzw. vier Jahren angeordnet ist, beginnt die Verjährung erst mit dem Schluss des Jahres (geltender § 201 Satz 1). Sondervorschriften zum Verjährungsbeginn finden sich derzeit sodann für die verschiedenartigsten Leistungsansprüche über das ganze Bürgerliche Gesetzbuch verstreut (z. B. §§ 425, 558 Abs. 2, 801 Abs. 1 Satz 2, 1057, 1226, 2332 Abs. 1), besonders konzentriert im Mängelgewährleistungsrecht (bisherige §§ 477 Abs. 1 Satz 1, 638 Abs. 1 Satz 2, 651g Abs. 2) und auch außerhalb des Bürgerlichen Gesetzbuchs (z. B. §§ 88, 439 HGB; § 4 ErbbauV0; § 51b BRAO; § 68 StBerG; § 51a WiPO).

Die gegenwärtige Regelung des Verjährungsbeginns wird als unklar, ungerecht, inkonsequent, präzisierungs- und ergänzungsbedürftig sowie als prozessrechtlich fragwürdig bemängelt (Peters/Zimmermann, S. 244 ff.). Im Mängelgewährleistungsrecht wird der Verjährungsbeginn an objektive Umstände (wie die Übergabe) geknüpft, so dass bei verborgenen Mängeln auf Grund der geltenden kurzen Verjährungsfristen etwaige Ansprüche des Gläubigers bereits verjährt sein können, ehe der Mangel überhaupt entdeckt worden ist. Das Hauptdefizit der geltenden Regelung sieht man in der Beliebigkeit, mit der die Gerichte in andere Verjährungssysteme ausweichen und damit der Voraussehbarkeit der gerichtlichen

Entscheidungsergebnisse jede Sicherheit nehmen (Peters/Zimmermann, S. 248 f.; Weyers, S. 1170).

Dieses Defizit will der Entwurf dadurch ausgleichen, dass er für die regelmäßige Verjährungsfrist einen einheitlichen Beginn festlegt, der dem bisherigen § 852 Abs. 1 nachgebildet ist. Dieser Beginn ist das entscheidende Merkmal der neuen regelmäßigen Verjährungsfrist. Der Entwurf enthält mit § 200 RE einen Auffangtatbestand für Verjährungsfristen, die ohne Beginn bestimmt werden. Einen besonderen Beginn gibt es nur noch für festgestellte Ansprüche und Sachmängelansprüche.

Zu § 199 – Beginn der regelmäßigen Verjährungsfrist

§ 199 RE regelt den Beginn der regelmäßigen Verjährungsfrist. Er betrifft damit nur Ansprüche, die der regelmäßigen Verjährungsfrist von drei Jahren unterliegen. Ist für Ansprüche eine Verjährungsfrist von drei Jahren ausdrücklich bestimmt, unterliegen sie gleichwohl einer besonderen Frist und nicht der allgemeinen Verjährungsfrist. Der Verjährungsbeginn richtet sich dann auch nicht nach § 199 RE, sondern nach § 200 RE.

Zu Absatz 1

Nach Absatz 1 beginnt die regelmäßige Verjährungsfrist, wenn – kumulativ – die Voraussetzungen der Nummern 1 und 2 erfüllt sind.

Nach der **Nummer 1** muss der Anspruchs fällig sein.

Dies entspricht dem bisherigen § 198 Satz 1 mit der Maßgabe, dass statt von der Entstehung von der Fälligkeit des Anspruches gesprochen wird. Eine sachliche Änderung gegenüber der bisherigen Rechtslage ist damit nicht verbunden, weil das Tatbestandsmerkmal der „Entstehung des Anspruchs“ in dem bisherigen § 198 Satz 1 ebenfalls im Sinne der Fälligkeit verstanden wird (vgl. BGHZ 53, 222, 225; 55, 340, 341 f.; Palandt/Heinrichs, § 198 Rdn. 1).

Auch hinsichtlich der der regelmäßigen Verjährungsfrist unterfallenden Ansprüche auf Ersatz des aus einer unerlaubten Handlung entstandenen Schadens entstehen durch das Abstellen auf die Fälligkeit keine sachlichen Änderungen. Insbesondere ändert diese Regelung nicht die im Schadensrecht entwickelte Rechtsprechung zur Schadenseinheit. Der BGH geht nämlich davon aus, dass ein Schaden im Sinne des bisherigen § 198 Satz 1 entstanden ist, wenn die Vermögenslage des Geschädigten sich durch eine unerlaubte Handlung verschlechtert

und sich diese Verschlechterung „wenigstens dem Grunde nach verwirklicht hat“ (BGH, NJW 1993, 648, 650). Die Verjährung von Schadensersatzansprüche kann nach dem Grundsatz der Schadenseinheit auch für nachträglich auftretende, zunächst also nur drohende, aber nicht unvorhersehbare Folgen beginnen, sobald irgendein (Teil-)Schaden entstanden ist (BGH wie vor). Daran ändert sich nichts.

Nach der **Nummer 2** ist weitere Voraussetzung, dass der Gläubiger von den den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt hat oder ohne grobe Fahrlässigkeit hätte erlangen müssen. Damit wird das aus dem bisherigen § 852 Abs. 1 bekannte Merkmal der Kenntniserlangung erweitert um die grob fahrlässige Unkenntnis. Grobe Fahrlässigkeit liegt vor, wenn die im Verkehr erforderliche Sorgfalt in ungewöhnlich großem Maße verletzt worden ist, ganz naheliegende Überlegungen nicht angestellt oder beiseitegeschoben wurden und dasjenige unbeachtet geblieben ist, was im gegebenen Fall jedem hätte einleuchten müssen (BGHZ 10, 14, 16; 89, 153, 161; NJW-RR 1994, 1469, 1471; NJW 1992, 3235, 3236). Davon ist Kenntnis, wie sie in § 852 Abs. 1 verlangt wird, nicht weit entfernt. So werden von der Rechtsprechung schon bislang der positiven Kenntnis die Fälle gleichgestellt, in denen der Gläubiger es versäumt, eine gleichsam auf der Hand liegende Erkenntnismöglichkeit wahrzunehmen und deshalb letztlich das Sichberufen auf Unkenntnis als Förmelei erscheint, weil jeder andere in der Lage des Gläubigers unter denselben konkreten Umständen die Kenntnis gehabt hätte (BGHZ 133, 192, 199; BGH, NJW 2000, 953; NJW 1999, 423, 425; NJW 1994, 3092, 3094). Auch im Rahmen der vorstehend erwähnten Rechtsprechung zur Schadenseinheit werden bereits die als möglich voraussehbaren Schadensfolgen erfasst, obwohl das bloß Voraussehbare gerade nicht bekannt ist, so dass auch hier im Ergebnis Kennenmüssen und Kenntnis gleichgestellt werden. Diese Auflockerungstendenzen haben Peters/Zimmermann in ihrem Gutachten zu dem Vorschlag bewogen, die grob fahrlässige Unkenntnis der Kenntnis gleichzustellen (vgl. den von Peters/Zimmermann vorgeschlagenen § 199 – Hemmung durch Unkenntnis des Berechtigten, S. 316). In § 12 des ProdHaftG hat der Gesetzgeber diese Angleichung auch schon vollzogen.

Die Einbeziehung der grob fahrlässigen Unkenntnis entspricht schließlich auch dem Rechtsgedanken des § 277, wonach grobe Fahrlässigkeit stets auch dann schadet, wenn man in eigenen Angelegenheiten handelt. Von der Existenz eines Anspruchs sowie der Person des Schuldners Kenntnis zu nehmen, ist eine eigene Angelegenheit des Gläubigers. Daher soll bereits bei Vorliegen grober Fahrlässigkeit die Verjährung zu laufen beginnen.

Zu Absatz 2

Nach Absatz 2 Satz 1 verjährt der Anspruch ohne Rücksicht auf die Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis in zehn Jahren von der Fälligkeit an.

Die Anknüpfung des Beginns der Verjährung an die Kenntniserlangung oder grob fahrlässige Unkenntnis in Absatz 1 Nr. 2 führt zu der Notwendigkeit einer zeitlichen Begrenzung, da sich bei Nichtvorliegen des Kenntnismerkmals der Eintritt der Verjährung auf unabsehbare Zeit hinausschieben könnte.

Entsprechend dem von der Schuldrechtskommission vorgeschlagenen Weg, den Anwendungsbereich der 30-jährigen Verjährungsfrist nach Möglichkeit zurückzudrängen und stattdessen eine 10-jährige Frist vorzusehen (vgl. §§ 198 und 199 KE) wird die absolute Verjährungsfrist auf zehn Jahre festgelegt. Diese Frist erscheint angemessen und ist in der wissenschaftlichen Kritik auch nicht beanstandet worden. Die Absage an die 30-jährige Frist kommt einerseits dem Schuldner entgegen, andererseits ist die Zehn-Jahres-Frist so lang, dass die Gefahr, dass Ansprüche verjähren, bevor der Gläubiger von ihnen Kenntnis erlangt, auf ein hinnehmbares Maß reduziert ist.

Diese Begrenzungsmodalitäten entsprechen der Verjährungsregelung des Produkthaftungsgesetzes. Dieses sieht bereits jetzt ein Erlöschen der Ansprüche zehn Jahre nach dem Zeitpunkt vor, in dem das fehlerhafte Produkt in den Verkehr gebracht worden ist (§ 13 Abs. 1 ProdHaftG).

Die absolute Verjährungsfrist von zehn Jahren kann für den Gläubiger allerdings dann zu ungünstig sein, wenn es um Ansprüche geht, die sich aus der Verletzung besonders wertvoller Rechtsgüter ergeben. Das ist bei der Verletzung des Lebens, des Körpers, der Gesundheit oder der Freiheit der Fall. Eine Verletzung dieser Rechtsgüter führt nicht selten erst nach vielen Jahren zu erkennbaren Schäden. Die absolute Verjährungsfrist von zehn Jahren ist dann zu kurz. Absatz 2 Satz 2 sieht deshalb vor, dass in diesen Fällen die absolute Verjährungsfrist von zehn Jahren nach Absatz 2 Satz 1 nicht gilt. Insoweit bleibt es also – vorbehaltlich des Absatzes 3 – dabei, dass es für den Beginn der Verjährung nach Absatz 1 Nr. 2 auf die Kenntnis bzw. grob fahrlässige Unkenntnis ankommt. Auch in diesen Fällen ist die Geltendmachung indes nicht zeitlich uneingeschränkt möglich. Dies folgt aus Absatz 3, auf dessen Erläuterung Bezug genommen wird.

Damit kann sich allerdings die Situation ergeben, dass aus derselben unerlaubten Handlung, z. B. aus demselben Verkehrsunfall, resultierende Ansprüche je nach Art des verletzten

Rechtsguts zu unterschiedlichen Zeitpunkten verjähren. Dieses Ergebnis muss aber hingenommen werden. Es hängt mit der dem Absatz 2 Satz 2 zugrundeliegenden Wertung zusammen, die den dort genannten Rechtsgütern einen besonders hohen Stellenwert zumisst.

Die Schuldrechtskommission hatte darüber hinaus vorgeschlagen, eine Frist von 30 Jahren für die absolute Verjährung von Ansprüchen wegen Verletzung einer Amtspflicht vorzusehen. Eine derartige Privilegierung der Ansprüche aus Amtspflichtverletzung erscheint indes nicht gerechtfertigt. Die von der Schuldrechtskommission zur Begründung angeführte Möglichkeit von Spätschäden ergibt sich auch bei sonstigen Schadensersatzansprüchen aus unerlaubter Handlung.

Zu Absatz 3

Nach Absatz 3 verjähren ohne Rücksicht auf die Fälligkeit und die Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis Schadensersatzansprüche aus unerlaubter Handlung, aus Gefährdungshaftung und aus Verletzung einer Pflicht aus einem Schuldverhältnis in 30 Jahren von der Begehung der Handlung, der Verwirklichung der Gefahr oder der Pflichtverletzung an.

Das Abstellen auf die Fälligkeit einerseits und dem von subjektiven Umständen abhängigen Verjährungsbeginn andererseits führen zu Unsicherheiten über den Lauf der Verjährungsfrist. Das ist im Interesse des Gläubigers notwendig. Der Schuldner andererseits muss aber zu einem bestimmten Zeitpunkt auch Gewissheit haben, ob er noch in Anspruch genommen werden kann oder nicht. Dies ist der Zweck der absoluten Verjährungsfristen. Die in Absatz 2 Satz 1 bestimmte absolute Verjährungsfrist von zehn Jahren betrifft indessen nur das Merkmal Kenntnis bzw. grob fahrlässige Unkenntnis nach Absatz 1 Nr. 2. Außerdem gilt dieses nicht bei Ansprüchen wegen Verletzung des Lebens, des Körpers, der Gesundheit oder der Freiheit. In diesen von Absatz 2 Satz 1 nicht erfassten Fällen kann der Eintritt der Verjährung also auf unabsehbare Zeit hinausgeschoben werden. Bei einem Fehler des Notars bei der Testamentsgestaltung, der erst mit Eintreten des Erbfalls zu einem Schaden führt, können zwischen der Pflichtverletzung und der Fälligkeit ohne Weiteres mehr als 30 Jahre liegen. Auch ein Verkehrsunfall vermag nach mehr als 30 Jahren z. B. einen Körperschaden zu verursachen, der nicht vorhersehbar war und damit noch nicht verjährt wäre.

Um dies zu vermeiden, lässt auch der bisherige § 852 Abs. 1 die 30-jährige absolute Verjährungsfrist nicht mit der Entstehung des Schadens beginnen, sondern schon mit der Begehung der Handlung, d. h. mit der Setzung der Schadensursache (Palandt/Thomas, § 852 Rdn. 15). Dem folgt Absatz 3.

Die Verjährungsfrist von 30 Jahren beginnt bei Schadensersatzansprüchen aus unerlaubter Handlung mit der Begehung der Handlung. Dies entspricht dem bisherigen § 852 Abs. 1. Bei Schadensersatzansprüchen aus Gefährdungshaftung beginnt die Verjährung mit der Verwirklichung der Gefahr. Damit wird dem Vorschlag der Schuldrechtskommission (vgl. § 199 Abs. 1 KE) gefolgt. Soweit sich mit der Tierhalterhaftung nach § 833 unter den Vorschriften zur unerlaubten Handlung auch ein Gefährdungsdelikt befindet, beginnt die Verjährung mit der Verwirklichung der Gefahr. Für Gefährdungshaftungstatbestände innerhalb oder – soweit die Verjährungsvorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs Anwendung finden – außerhalb des Bürgerlichen Gesetzbuchs führt die Klarstellung des Verjährungsbeginns zu einer Vereinfachung und Erleichterung. Bei Schadensersatzansprüchen wegen Verletzung einer Pflicht aus einem Schuldverhältnis (§ 280 RE) beginnt die Verjährungsfrist mit der Pflichtverletzung.

Zu Absatz 4

Soweit der Anspruch auf ein Unterlassen gerichtet ist, ist in den vorstehenden Absätzen statt auf die Fälligkeit auf die Zuwiderhandlung abzustellen. Dies entspricht dem bisherigen § 198 Satz 2.

Zu § 200 – Beginn anderer Verjährungsfristen

§ 200 RE ist eine Auffangvorschrift für den Verjährungsbeginn von Ansprüchen, die nicht der regelmäßigen Verjährungsfrist unterliegen. Soweit nicht ein anderer Verjährungsbeginn bestimmt ist, wie dies beispielsweise in § 201 RE der Fall ist, beginnt die jeweilige Verjährungsfrist nach Satz 1 mit der Fälligkeit des Anspruchs. Geht der Anspruch auf ein Unterlassen, beginnt die Verjährungsfrist nach Satz 2 in Verbindung mit § 199 Abs. 4 RE mit der Zuwiderhandlung.

Zu § 201 – Beginn der Verjährungsfrist von festgestellten Ansprüchen

Die Regelung legt den Zeitpunkt des Beginns der Verjährung in den Fällen des § 197 Abs. 1 Nr. 3 bis 5 fest. Dabei handelt es sich um rechtskräftig festgestellte bzw. in ähnlicher Weise titulierte Ansprüche. Die Verjährungsfrist beginnt mit der Rechtskraft der Entscheidung, der Feststellung im Insolvenzverfahren oder der Errichtung des vollstreckbaren Titels. Die Fälligkeit des Anspruchs (bzw. die Zuwiderhandlung bei Unterlassungsansprüchen) ist nur dann

maßgeblich, wenn sie später eintritt. § 201 RE entspricht damit der bisherigen Rechtsprechung zu dem Beginn der Verjährung nach § 218 (vgl. nur Palandt/Heinrichs, § 218 Rdn. 5).

Zu § 202 – Unzulässigkeit von Vereinbarungen über die Verjährung

Vorbemerkung

Die Länge der gesetzlichen Verjährungsfristen entspricht nicht immer den Interessen der Parteien. Es ist deshalb zu fragen, ob und ggf. in welchem Umfang die gesetzlichen Verjährungsfristen zur Disposition der Parteien gestellt werden können oder ob zwingende Gründe für ein Verbot einer Änderung der gesetzlichen Verjährungsvorschriften sprechen. Im geltenden Recht erlaubt der bisherige § 225 Vereinbarungen zur Erleichterung der Verjährung, verbietet aber den Ausschluss oder die Erschwerung der Verjährung durch Rechtsgeschäft.

Verjährungserleichterungen sind uneingeschränkt zulässig. Soweit sie in Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthalten sind, unterliegen sie den Grenzen der bisherigen §§ 9, 11 Nr. 10 Buchstabe e und f AGBG (jetzt: §§ 307, 309 Nr. 8 Buchstabe c Doppelbuchstaben ee und ff RE). Der bisherige § 225 bezieht sich allerdings nur auf verjährbare Ansprüche. Ist ein Anspruch gesetzlich unverjährbar ausgestaltet, so kann er auch nicht durch Parteivereinbarung der Verjährung unterworfen werden. Konkurrieren mehrere Ansprüche, so ist es zur Zeit eine Auslegungsfrage, ob die rechtsgeschäftliche Erleichterung der für einen Anspruch geltenden Verjährung sich auch auf die konkurrierenden Ansprüche bezieht (MünchKomm/v. Feldmann, § 225 Rdn. 6).

Vereinbarungen, die die Verjährung unmittelbar ausschließen oder erschweren, sind nach dem bisherigen § 225 verboten und deshalb gemäß § 134 nichtig (BGH, NJW 1984, 289, 290). Unter dieses Verbot fällt insbesondere die ausdrückliche Verlängerung der Verjährungsfrist, daneben aber auch beispielsweise die Vereinbarung gesetzlich nicht vorgesehener Hemmungs- oder Unterbrechungsgründe. Nicht von dem geltenden § 225 erfasst werden dagegen solche Vereinbarungen, welche die Verjährung lediglich mittelbar erschweren (BGH aaO). Hierzu gehören beispielsweise die Stundung, ferner aber auch Vereinbarungen, welche die Fälligkeit eines Anspruchs und damit den Beginn der Verjährung hinausschieben (BGH aaO), oder das sog. „pactum de non petendo“. Ausgenommen von dem Verbot der Verjährungsverlängerung sind nach geltendem Recht die kurzen Gewährleistungsfristen im Kauf- und Werkvertragsrecht (bisherige §§ 477 Abs. 1 Satz 2, 480 Abs. 1, 490 Abs. 1 Satz 2, 638 Abs. 2). Bei ihnen ist eine vertragliche Verlängerung der Verjährungsfrist bis zu 30 Jahren zulässig.

Das starre Verbot einer rechtsgeschäftlichen Verjährungserschwerung hat sich in der Praxis als wenig praktikabel erwiesen. Zwar liegt es nicht nur im Schuldnerinteresse, sondern auch im Interesse des Rechtsfriedens, die Verjährungsfristen nicht beliebig zu verlängern. Andererseits können vor allem bei kurzen Verjährungsfristen Vereinbarungen, die den Eintritt der Verjährung erschweren oder verlängern, durchaus im Interesse beider Parteien liegen. Bereits das geltende Bürgerliche Gesetzbuch berücksichtigt dies durch die in den bisherigen §§ 477, 638 vorgesehene Möglichkeit einer Verjährungsverlängerung bei den kurzen Gewährleistungsfristen im Kauf- und Werkvertrag. Aber auch darüber hinaus gibt es Fälle, bei denen es im Interesse beider Parteien liegt, den Eintritt der Verjährung hinauszuschieben, beispielsweise um erfolgversprechende Verhandlungen nicht durch verjährungshemmende oder -unterbrechende Maßnahmen gefährden zu müssen. Das geltende Recht verbietet auch in solchen Fällen ausdrücklich Verlängerungsvereinbarungen. Die Parteien werden hierdurch gezwungen, dieses Verbot dadurch zu umgehen, dass sie sich auf Maßnahmen einigen, die den Eintritt der Verjährung nur mittelbar erschweren.

Zu Absatz 1

Absatz 1 regelt die Unzulässigkeit von verjährungserleichternden Vereinbarungen. Danach kann bei Haftung wegen Vorsatzes die Verjährung nicht im Voraus durch Rechtsgeschäft erleichtert werden sind. Wenn gemäß § 276 Abs. 3 RE die Haftung wegen Vorsatzes selbst dem Schuldner nicht im Voraus erlassen werden kann, muss auch der Weg verschlossen sein, die Wertungsaussage des § 276 Abs. 3 RE durch verjährungserleichternde Vereinbarungen auszuhöhlen.

Die Grundaussage des bisherigen § 225 Satz 2, wonach solche Vereinbarungen grundsätzlich zulässig sind, kann entfallen, da dies Bestandteil der allgemeinen Vertragsfreiheit ist.

Zu Absatz 2

Absatz 2 regelt die Unzulässigkeit von verjährungserschwerenden Vereinbarungen. Während das geltende Recht in dem bisherigen § 225 Satz 1 solche Vereinbarungen ausschloss, sind sie nach Absatz 2 nur noch dann unzulässig, wenn sie zu einer 30 Jahre übersteigenden Verjährungsfrist ab dem gesetzlichen Verjährungsbeginn führen. Ansonsten sind verjährungserschwerende Vereinbarungen entsprechend der allgemeinen Vertragsfreiheit grundsätzlich zulässig. Damit folgt der Entwurf dem Vorschlag der Schuldrechtskommission (§ 220 Satz 2 KE).

Der Entwurf übernimmt damit praktisch die bereits jetzt in dem bisherigen § 477 Abs. 1 und dem bisherigen § 638 Abs. 2 vorgesehenen Verlängerungsmöglichkeiten bei den kurzen Gewährleistungsfristen und dehnt sie auf alle Verjährungsfristen aus. Hierdurch wird die Länge der gesetzlichen Verjährungsfristen in beiden Richtungen zur Disposition der Parteien gestellt und damit dem Grundsatz der Vertragsfreiheit besser als bisher Rechnung getragen.

Die vielfach geübte Praxis, das Verbot verjährungsverlängernder Vereinbarungen durch Abreden zu umgehen, die den Eintritt der Verjährung nur mittelbar erschweren, macht deutlich, dass ein Bedürfnis für die Zulassung verjährungserschwerender Vereinbarungen besteht. Angesichts der im vorliegenden Entwurf vielfach verkürzten Verjährungsfristen sollen die Parteien die Möglichkeit erhalten, die Länge der Verjährungsfristen in angemessenem Rahmen selbst einverständlich bestimmen zu können. Die Zulassung verjährungserschwerender Vereinbarungen dient darüber hinaus auch der Rechtsklarheit, da hierdurch Umgehungsvereinbarungen überflüssig werden, die den Eintritt der Verjährung nur mittelbar erschweren.

Vereinbarungen zur Verjährungserschwerung sind nicht an einen bestimmten Zeitpunkt gebunden. Die allgemeine Vertragsfreiheit gestattet es, sowohl vor Entstehung des Anspruchs eine noch nicht laufende als auch nachträglich eine bereits laufende Verjährungsfrist zu verlängern, wenn die Parteien dies im konkreten Einzelfall für zweckmäßig halten.

Nicht zweckmäßig erscheint es, verjährungsverlängernde Vereinbarungen grundsätzlich nur für bereits laufende Verjährungsfristen zuzulassen und nur bei Ansprüchen wegen Verletzung vertraglicher Pflichten derartige Vereinbarungen schon bei Vertragsschluss zu gestatten, da jedenfalls hierfür ein wirtschaftliches Bedürfnis bestehen kann. Indes ist eine Abgrenzung zwischen Erfüllungsansprüchen und Ansprüchen wegen Pflichtverletzung im Einzelfall problematisch, wie das Beispiel des Nacherfüllungsanspruchs zeigt. Eine Differenzierung wäre nur dann geboten, wenn dies aus Gründen des Schuldnerschutzes zwingend erforderlich wäre. Das aber ist zu verneinen. Der Schuldner ist bereits dadurch hinreichend geschützt, dass verjährungserschwerende Vereinbarungen nur mit seinem Einverständnis getroffen werden können.

Vereinbaren die Parteien eine Erleichterung oder Erschwerung der Verjährung für einen Anspruch, so wird sich diese regelmäßig auch auf solche Ansprüche erstrecken, die hiermit konkurrieren oder alternativ an deren Stelle treten. Wie schon nach geltendem Recht bezieht sich die Regelung allerdings nur auf verjährbare Ansprüche. Ist ein Anspruch kraft Gesetzes

unverjährbar, so kann er auch in Zukunft nicht durch Vereinbarung der Verjährung unterworfen werden. Eine derartige Vereinbarung wäre unwirksam.

Zum Titel 2 – Hemmung und Neubeginn der Verjährung

Vorbemerkung

Es gibt Ereignisse, die den Ablauf einer Verjährungsfrist beeinflussen müssen. Dies ist dann der Fall, wenn der Schuldner durch sein eigenes Verhalten zu erkennen gibt, dass er den Anspruch als bestehend ansieht und nicht bestreiten will. Die Verjährung darf auch dann nicht weiterlaufen, wenn der Gläubiger aus anerkennenswerten Gründen gehindert ist, den Anspruch geltend zu machen. Schließlich muss sichergestellt werden, dass ein Anspruch nicht verjährt, nachdem der Gläubiger angemessene und unmissverständliche Schritte zur Durchsetzung des Anspruchs ergriffen hat. Das geltende Recht berücksichtigt dies in Fällen dieser Art entweder durch eine Hemmung (die Nichteinrechnung bestimmter Zeiten in die Verjährungsfrist: bisherige §§ 202 bis 205) und ihren Unterfall der Ablaufhemmung (die Verjährungsfrist läuft frühestens eine bestimmte Zeit nach Wegfall von Gründen ab, die der Geltendmachung des Anspruchs entgegenstehen: bisherige §§ 206, 207) oder durch eine Unterbrechung der Verjährung (ein Neubeginn der Verjährung: bisherige §§ 208 bis 217). Diese gesetzliche Systematik soll beibehalten werden. Gegen sie werden, soweit ersichtlich, keine grundsätzlichen Bedenken erhoben; sie findet sich in ähnlicher Form in anderen verwandten Rechtsordnungen.

Zu § 203 – Hemmung der Verjährung bei Verhandlungen

Vorbemerkung

Es stellt sich die Frage, wie sich der Umstand auf den Ablauf der Verjährungsfrist auswirkt, dass die Parteien in Verhandlungen über einen streitigen oder zweifelhaften Anspruch oder über Umstände eintreten, aus denen sich ein Anspruch ergeben kann. Solche Verhandlungen haben den rechtspolitisch erwünschten Zweck, Rechtsstreitigkeiten zu vermeiden. Es erscheint daher angebracht, die Verhandlungen nicht unter den zeitlichen Druck einer ablaufenden Verjährungsfrist zu stellen. Dies entspricht auch der Billigkeit; denn der Schuldner, der sich in Verhandlungen mit dem Gläubiger einlässt und diesen damit zunächst von der Klageerhebung abhält, darf nicht nachher die Erfüllung des Anspruchs unter Hinweis auf die auch während der Verhandlungen verstrichene Zeit ablehnen.

Die gleichen Fragen stellen sich, wenn die Parteien für Streit- oder Zweifelsfälle ein Begutachtungs- oder Schlichtungsverfahren vereinbart haben und der Gläubiger diesen Weg beschreitet. Auch hier fragt sich, ob der Schuldner, selbst wenn er sich auf das früher vereinbarte Verfahren nicht einlässt, später unter Hinweis auf die auch im Verfahren verstrichene Frist die Leistung verweigern darf.

Im geltenden Recht sieht der bisherige § 852 Abs. 2 eine Hemmung der Verjährung vor, solange zwischen dem Ersatzberechtigten und dem Ersatzpflichtigen Verhandlungen über den zu leistenden Schadensersatz schweben. Nach der Rechtsprechung gilt der bisherige § 852 Abs. 2 nicht nur für den deliktischen Anspruch, sondern auch für konkurrierende vertragliche Ansprüche und Ansprüche aus § 558 (BGHZ 93, 64 ff.). Nach dem bisherigen § 651g Abs. 2 Satz 3 ist, wenn der Reisende Ansprüche geltend gemacht hat, die Verjährung gehemmt, bis der Veranstalter die Ansprüche schriftlich zurückweist.

Die Rechtsprechung hat über den Geltungsbereich des bisherigen § 852 Abs. 2 hinaus die Einrede der Verjährung als treuwidrig (§ 242) nicht gelten lassen, wenn der Gläubiger durch Verhandlungen mit dem Schuldner - oder dessen Versicherung (BGH, VersR 1971, 439 f.) - davon abgehalten worden war, rechtzeitig Klage zu erheben (BGH, VersR 1977, 617 ff., 619 für einen Anspruch aus Verletzung eines Anwaltsvertrags). Mit diesem Einwand der unzulässigen Rechtsausübung sind aber andere Probleme verbunden (vgl. BGHZ 93, 64, 69). Die Gewährung des Einwandes der unzulässigen Rechtsausübung bringt den Nachteil mit sich, jeweils die Frage entscheiden zu müssen, innerhalb welchen Zeitraums vom Ende der Verhandlungen an der Ersatzberechtigte Klage zu erheben hat.

Dem bisherigen § 852 Abs. 2 steht die Regelung des § 639 Abs. 2 nahe, wonach die Verjährung gehemmt ist, wenn sich der Unternehmer im Einverständnis mit dem Besteller der Prüfung des Vorhandenseins des Mangels oder der Beseitigung des Mangels unterzieht. Die Rechtsprechung wendet diese Vorschrift auch im Kaufvertragsrecht an, wenn die Nachbesserung vertraglich vorgesehen ist (BGHZ 39, 287 ff., 293).

Einen etwas anderen Ansatz enthält § 439 Abs. 3 HGB, der mit dem Transportrechtsreformgesetz vom 25. Juni 1998 (BGBl. I S. 1588) in das HGB eingefügt worden ist, beim Frachtgeschäft für die Ansprüche aus einer Beförderung. Danach wird die Verjährung nur durch eine schriftliche Erklärung des Berechtigten, mit der dieser Ersatzansprüche erhebt, dann aber so lange gehemmt, bis der Frachtführer die Erfüllung des Anspruchs schriftlich ablehnt. Eine vergleichbare Lösung gbt es auch im Reiserecht (§ 651g Abs. 2 Satz 3).

Das geltende Verjährungsrecht des Allgemeinen Teils des Bürgerlichen Gesetzbuchs erkennt eine Unterbrechung der Verjährung nur im Rahmen des bisherigen § 209 Abs. 2 Nr. 1 Buchstabe a durch Anbringung eines Güteantrags bei einer nach § 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO anerkannten Gütestelle an. Die Rechtsprechung (BGH, NJW 1983, 2075, 2076) sieht aber auch das Verfahren vor einer Gütestelle als „Verhandlung“ im Sinne des bisherigen § 852 Abs. 2 an und meint, dass ein Schuldner, der sich auf die Verhandlungen vor der Gütestelle eingelassen hat, gegen Treu und Glauben verstößt, wenn er sich auf die während des Verfahrens eingetretene Verjährung beruft.

Zu Satz 1

Mit Satz 1 wird – in Entsprechung zu dem von der Schuldrechtskommission vorgeschlagenen § 216 Abs. 1 KE – der Rechtsgedanke des bisherigen § 852 Abs. 2 als allgemeine Regelung übernommen. Wie der BGH (BGHZ 93, 64, 69) mit Recht ausgeführt hat, handelt es sich um einen allgemeinen Rechtsgedanken. Aus Gründen der Rechtsklarheit ist, wie der BGH (aaO) ebenfalls ausführt, eine Hemmungsregelung entsprechend dem geltenden § 852 Abs. 2 einer Regelung vorzuziehen, die nach Verhandlungen die Einrede der Verjährung als unzulässige Rechtsausübung zurückweist.

Der Begriff „Anspruch" ist hier nicht im Sinne einer materiell-rechtlichen Anspruchsgrundlage, sondern weiter im Sinne eines aus einem Sachverhalt hergeleiteten Begehrens auf Befriedigung eines Interesses zu verstehen. In der Regel wird man auch unter Berücksichtigung von § 213 RE davon ausgehen können, dass bei Verhandlungen über einen vertraglichen Anspruch auch möglicherweise konkurrierend oder alternativ gegebene Ansprüche aus Delikt oder absolutem Recht erfasst werden. Dabei braucht das Begehren nicht besonders beziffert oder konkretisiert zu sein, wie ebenfalls aus der Formulierung "oder die den Anspruch begründenden Umstände“ folgt.

Es wird davon abgesehen, Beginn und Ende der Verhandlungen besonders zu beschreiben oder eine Schriftform festzulegen. Die Art und Weise, wie über streitige oder zweifelhafte Ansprüche verhandelt werden kann, ist so vielgestaltig, daß sie sich einer weitergehenden Regelung entzieht. Es ist erwogen worden, durch Anlehnung an das Modell des § 439 HGB größere Klarheit zu schaffen. Dieser Gedanke ist aber auf breite Kritik gestoßen. Im Vordergrund stand der Gesichtspunkt, dass sich Verhandlungen nicht in ein Schema von schriftlichen Erklärungen pressen ließen (Mansel in: Ernst/Zimmermann, S. 333, 398).

In der Diskussion der verschiedenen Modelle hat sich gezeigt, dass insbesondere das Ende von Verhandlungen bei einem schlichten „Einschlafen“ der Gespräche ohne eindeutige Erklärung eines Beteiligten über das Ende seiner Verhandlungsbereitschaft als problematisch angesehen wird (z. B. Mansel wie vor). Auch diesbezüglich wird von einer gesetzlichen Festschreibung abgesehen und die Lösung im Einzelfall der Rechtsprechung überlassen, so wie es auch bei dem bisherigen § 852 Abs. 2 der Fall ist. Diese hat auch für den Fall des Einschlafens eine befriedigende Lösung gefunden: Schlafen die Verhandlungen ein, so endet die Hemmung nach dem bisherigen § 852 Abs. 2 in dem Zeitpunkt, in dem der nächste Schritt nach Treu und Glauben zu erwarten gewesen wäre (BGH, NJW 1986, 1337, 1338). Das gilt auch hier.

Zu Satz 2

Da das Ende der Verhandlungen für den Gläubiger überraschend eintreten kann, ist in Satz 2 eine besondere Ablaufhemmung vorgesehen: Die Verjährung tritt frühestens zwei Monate nach dem Ende der Verhandlungen ein. Diese kurze Mindestfrist bis zum Eintritt der Verjährung genügt, da der Gläubiger bereits mit der Durchsetzung des Anspruchs befasst ist. Auch insoweit wird dem Vorschlag der Schuldrechtskommission gefolgt (§ 217 Abs. 1 Satz 2 KE).

Zu § 204 – Hemmung der Verjährung durch Rechtsverfolgung

Vorbemerkung

Der Gläubiger muss davor geschützt werden, dass sein Anspruch verjährt, nachdem er ein förmliches Verfahren mit dem Ziel der Durchsetzung des Anspruchs eingeleitet hat oder nachdem er den Anspruch mit der Möglichkeit, dass über ihn rechtskräftig entschieden wird, in das Verfahren über einen anderen Anspruch eingeführt hat (Prozessaufrechnung, § 322 Abs. 2 ZPO).

Im geltenden Recht sieht der bisherige § 209 für den Fall der Klageerhebung und die in Absatz 2 der Vorschrift besonders genannten Fälle der Geltendmachung eines Anspruchs vor, dass sie die Verjährung unterbrechen. Der bisherige § 210 sieht ferner die Unterbrechung der Verjährung durch einen Antrag auf Vorentscheidung einer Behörde oder auf Bestimmung des zuständigen Gerichts vor, wenn die Zulässigkeit des Rechtswegs von der Vorentscheidung abhängt oder das zuständige Gericht zu bestimmen ist; dies allerdings unter der Voraussetzung, dass die Klage oder der Güteantrag binnen drei Monaten nach Erledigung des Vorverfahrens angebracht wird.

Nicht gesetzlich geregelt ist die Frage, wie sich der Antrag auf Prozesskostenhilfe für eine Klage zur Geltendmachung des Anspruchs auf die Verjährung auswirkt. Nach der Rechtsprechung hemmt der Antrag nach dem geltenden § 203 Abs. 2 die Verjährung, wenn er rechtzeitig - letzter Tag genügt - vor Ablauf der Verjährung gestellt wird. Allerdings muss der Antrag ordnungsgemäß begründet und vollständig sein (BGHZ 70, 235, 239). Die erforderlichen Unterlagen müssen beigefügt (BGH, VersR 1985, 287) und die Partei zumindest subjektiv der Ansicht sein, sie sei bedürftig (BGH, VersR 1982, 41). Die Hemmung dauert nur so lange, wie der Gläubiger unter Anwendung der ihm zuzumutenden Sorgfalt die zur Förderung des Verfahrens zumutbaren Maßnahmen trifft (BGH, NJW 1981, 1550). Dem Gläubiger steht in Anlehnung an § 234 Abs. 1 ZPO für die Klageerhebung eine Frist von zwei Wochen nach Bewilligung der Prozesskostenhilfe zu (BGHZ 70, 235, 240).

Der Antrag auf Durchführung eines selbständigen Beweisverfahrens unterbricht die Verjährung nach dem bisherigen § 477 Abs. 2 und dem bisherigen § 639 nur für die Gewährleistungsansprüche des Käufers oder Bestellers, nicht jedoch für die Ansprüche des Verkäufers oder Unternehmers oder für die Ansprüche aus sonstigen Verträgen.

Keine Hemmung oder Unterbrechung bewirken dagegen im geltenden Recht die Anträge auf Erlass einer einstweiligen Verfügung oder eines Arrestes (BGH, NJW 1979, 217). Dagegen unterbricht bei der einstweiligen Verfügung auf Unterlassung die nachträgliche Strafandrohung (§ 890 Abs. 2 ZPO) als Vollstreckungsmaßnahme die Verjährung (bisheriger § 209 Abs. 2 Nr. 5); ob dies auch bei der mit in die einstweilige Verfügung aufgenommenen Strafandrohung der Fall ist, ist umstritten (verneinend BGH, NJW 1979, 217; bejahend OLG Hamm, NJW 1977, 2319).

Peters/Zimmermann (S. 260 ff., 308) halten die Unterbrechung der Verjährung durch Klage für unsystematisch. In den Fällen, in denen die Klage zu einem rechtskräftigen Titel oder doch zur Abweisung der Klage in der Sache selbst führe, sei die nach Abschluss des Verfahrens (bisheriger § 211 Abs. 1 und bisheriger § 217 Halbsatz 2) erneut laufende alte Verjährungsfrist nicht von Interesse, da entweder nun die lange Verjährungsfrist für titulierte Ansprüche laufe oder rechtskräftig feststehe, dass der Anspruch nicht gegeben sei. Bedeutsam sei die geltende Regelung, wenn der Prozess in Stillstand gerate. Hier sei nicht einzusehen, weshalb die Verjährung dann zwingend erneut beginne. Es könne gute Gründe (z. B. Vergleichsverhandlungen) dafür geben, die Sache einschließlich der Verjährung in der Schwebe zu halten. Bedeutsam sei die geltende Regelung ferner in den Fällen der Klagerücknahme oder der Abweisung der Klage durch Prozessurteil. Hier lasse das geltende Recht (bisheriger

§ 212) die Unterbrechung rückwirkend entfallen und sie wieder eintreten, wenn der Gläubiger binnen sechs Monaten nach Rücknahme oder Klageabweisung erneut Klage erhebe. Der Sache nach sei das eine bloße Hemmung der Verjährung. Für die Unterbrechung der Verjährung durch Maßnahmen nach dem bisherigen § 209 Abs. 2 seien weitgehend die gleichen Erwägungen anzustellen. Dort wo die Unterbrechung praktische Wirkungen habe, wirke sie sich im Ergebnis wie eine Hemmung aus.

Peters/Zimmermann (S. 307 ff., 316 f. zu §§ 205 ff. des dortigen Entwurfs) schlagen daher vor, in den Fällen der geltenden §§ 209, 210 mit Ausnahme des Falles des § 209 Abs. 2 Nr. 5 statt der Unterbrechung eine Hemmung der Verjährung vorzusehen. Maßnahmen, die auf Erlangung eines rechtskräftigen Titels gerichtet seien, sollten allgemein die Verjährung hemmen. Die Fälle des geltenden § 209 Abs. 2 Nr. 1, 2, 3, des geltenden § 220 sowie der Antrag auf Gewährung von Prozesskostenhilfe sollten im Anschluss daran als Beispiele („insbesondere“) genannt werden. Die nicht auf Erlangung eines rechtskräftigen Titels gerichteten Maßnahmen wie Streitverkündung und Einleitung des selbständigen Beweisverfahrens sollten ebenfalls die Verjährung hemmen, aber in einer besonderen Vorschrift berücksichtigt werden (Peters/Zimmermann, S. 317 zu § 207 ihres Entwurfs). Dabei schlagen Peters/Zimmermann vor, dies für das Beweissicherungsverfahren allgemein als Hemmungsgrund und nicht nur für die Gewährleistungsansprüche des Käufers oder Bestellers als Unterbrechungsgrund vorzusehen.

Zu Nummer 1

Der Entwurf sieht in Nummer 1 vor, die Klageerhebung als Hemmungsgrund auszugestalten. Die im geltenden Recht in § 209 Abs. 1 vorgesehene Unterbrechung der Verjährung ist unsystematisch, wie Peters/Zimmermann überzeugend ausführen. Der Gläubiger muss und soll dagegen geschützt werden, dass der Anspruch während des Verfahrens zu seiner Durchsetzung verjährt. Dafür ist es aber nicht ausreichend, die Verjährung mit der Einleitung des Verfahrens zu unterbrechen; denn die neue Verjährungsfrist kann ebenfalls ablaufen, bevor das Verfahren beendet ist. Das geltende Recht sieht daher vor, dass die Unterbrechung durch Geltendmachung im Verfahren „fortdauert“ (§ 211 Abs. 1, § 212a Satz 1; § 213 Satz 1; § 214 Abs. 1; § 215 Abs. 1). Der Sache nach ist das eine Hemmung.

Das eingeleitete Verfahren kann zur Befriedigung des Berechtigten führen (z. B. durchgreifende Aufrechnung in dem Prozess) oder zur rechtskräftigen Feststellung des Anspruchs mit der Folge, dass nun die 30-jährige Verjährung eingreift (§ 197 Abs. 1 Nr. 3). Soweit das nicht geschieht (Beispiele: Das Mahnverfahren wird nach Widerspruch nicht weiter betrieben. Der

Gegner lässt sich auf das Güteverfahren nicht ein. Die Hilfsaufrechnung im Prozess greift nicht durch), besteht kein Grund, dem Gläubiger nach dem Ende der „Fortdauer der Unterbrechung“ eine neue Verjährungsfrist zu gewähren. Vielmehr genügt es, dass ihm nach dem Ende der „Fortdauer“ der Rest einer gehemmten Verjährungsfrist zur Verfügung steht, ergänzt um eine sechsmonatige Nachfrist nach Absatz 2.

Aus diesem Grunde soll die bei Klageerhebung bisher geregelte Unterbrechung der Verjährung in eine Hemmung umgewandelt werden.

Soweit der bisherige § 209 Abs. 1 von der „Klage auf Befriedigung“ spricht, wird in der Nummer 1 durch den Begriff „Klage auf Leistung“ der Einklang mit der Terminologie der ZPO hergestellt. Eine sachliche Änderung ist damit nicht verbunden.

Abgesehen von diesen Änderungen entspricht die Nummer 1 dem bisherigen § 209 Abs. 1.

Zu Nummer 2

Nummer 2 (Zustellung eines Antrags im vereinfachten Verfahren über den Unterhalt Minderjähriger) entspricht mit der Maßgabe der zuvor erläuterten Umstellung auf den Hemmungstatbestand dem bisherigen § 209 Abs. 2 Nr. 1b. Die vom Entwurf gewählte rechtssystematische Stellung direkt nach der Klageerhebung ergibt sich daraus, dass das vereinfachte Verfahren dem Klageverfahren nach der Nummer 1 unter den Alternativen des § 204 RE am ähnlichsten ist. Sprachlich wird in Einklang mit der Überschrift des Titels 2 des Abschnitts 6 des Buches 6 der ZPO von dem „vereinfachten Verfahren über den Unterhalt Minderjähriger“ und nicht von dem „vereinfachten Verfahren zur Festsetzung von Unterhalt“ gesprochen.

Zu Nummer 3

Nummer 3 (Zustellung des Mahnbescheids) entspricht mit der Maßgabe der zuvor erläuterten Umstellung auf den Hemmungstatbestand dem bisherigen § 209 Abs. 2 Nr. 1.

Zu Nummer 4

Mit der Nummer 4 (Bekanntgabe des Güteantrags, der bei einer durch die Landesjustizverwaltung eingerichteten oder anerkannten Gütestelle oder, wenn die Parteien den Einigungsversuch einvernehmlich unternehmen, bei einer sonstigen Gütestelle, die Streitbeilegungen betreibt, eingereicht ist; erfolgt die Bekanntgabe demnächst nach der Einreichung des An-

trags, so tritt die Hemmung der Verjährung bereits mit der Einreichung ein) wird der bisherige § 209 Abs. 2 Nr. 1a neben der Umstellung auf den Hemmungstatbestand noch weiteren Änderungen unterzogen. Auf den überflüssigen Passus, dass der Güteantrag eine Form der Geltendmachung eines Anspruchs ist, wird verzichtet.

Nach dem bisherigen § 209 Abs. 2 Nr. 1a unterbricht bereits die Einreichung des Güteantrags – dort noch mit dem veralteten Begriff seiner „Anbringung“ umschrieben – die Verjährung. Dies begegnet Bedenken, weil grundsätzlich nur solche Rechtsverfolgungsmaßnahmen verjährungsrechtliche Wirkung entfalten, die dem Schuldner bekannt werden. So erfolgt, um nur den wichtigsten Fall zu nennen, die Hemmung nach der Nummer 1 durch die Erhebung der Klage gemäß § 253 Abs. 1 ZPO mit der Zustellung der Klageschrift. Die Rückwirkung auf den Zeitpunkt der Einreichung der Klage setzt nach § 270 Abs. 3 ZPO voraus, dass die Zustellung „demnächst“ erfolgt. Diese Schwäche der bisherigen Regelung erkennend wird schon heute die Wirkung der Anbringung des Güteantrags unter die Bedingung gestellt, dass der Antrag „demnächst“ mitgeteilt wird (OLG Hamburg, MDR 1965, 130; Palandt/Heinrichs, § 209 Rdn. 17). Diese Problematik wird mit der Nummer 4 jetzt gelöst. Grundsätzlich hemmt nur die „Bekanntgabe“ des Güteantrags die Verjährung. An die Zustellung als die förmliche Art der Bekanntgabe anzuknüpfen kommt nicht in Betracht, da § 15a Abs. 5 EG-ZPO die nähere Ausgestaltung des Güteverfahrens dem Landesrecht überlässt und dieses nicht notwendigerweise die Zustellung des Güteantrags verlangen muss. In Entsprechung zu § 270 Abs. 3 ZPO, der auf das Güteverfahren nach § 15a EGZPO keine Anwendung findet, wird bestimmt, dass die Hemmungswirkung auf die Einreichung des Güteantrags zurückwirkt, wenn die Bekanntgabe „demnächst“ nach der Einreichung erfolgt.

Ferner wird in Einklang mit der Formulierung des § 794 Abs. 1 Nr. 1a ZPO vereinfacht von einer „durch die Landesjustizverwaltung eingerichteten oder anerkannten Gütestelle“ gesprochen. So kann die im bisherigen § 209 Abs. 2 Nr. 1a enthaltene Verweisung auf § 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO entfallen.

Schließlich wird der Anwendungsbereich auch auf die Verfahren vor einer „sonstigen Gütestelle, die Streitbeilegung betreibt“ i.S.v. § 15a Abs. 3 EGZPO erweitert. Zusätzliche Voraussetzung der Hemmungswirkung ist in Übereinstimmung mit § 15a Abs. 3 Satz 1 EGZPO, dass der Einigungsversuch von den Parteien einvernehmlich unternommen wird, wobei diese Einvernehmen nach § 15a Abs. 3 Satz 2 EGZPO bei branchengebundenen Gütestellen oder den Gütestellen der Industrie- und Handelskammern, der Handwerkskammern oder der Innungen unwiderleglich vermutet wird. Damit wird die bislang bestehende verjährungsrechtliche Benachteiligung der Verfahren vor solchen Gütestellen beseitigt.

Zu Nummer 5

Nummer 5 (Geltendmachung der Aufrechnung im Prozess) entspricht mit der Maßgabe der zuvor erläuterten Umstellung auf den Hemmungstatbestand dem bisherigen § 209 Abs. 2 Nr. 3. Hier kann weder auf die Zustellung noch auf die Bekanntgabe abgestellt werden. Ist die Aufrechnungserklärung in einem Schriftsatz enthalten, so bedarf dieser nach § 270 Abs. 2 ZPO nicht der Zustellung, da die Aufrechnung kein Sachantrag ist. Bei schriftsätzlicher Aufrechnung käme dann zwar eine Bekanntgabe in Betracht, jedoch kann die Aufrechnung auch mündlich in der mündlichen Verhandlung erklärt werden.

Zu Nummer 6

Mit der Nummer 6 (Zustellung der Streitverkündung) wird an den bisherigen § 209 Abs. 2 Nr. 4 angeknüpft. Wie in den übrigen Fällen wird auch hier auf den Hemmungstatbestand umgestellt. Außerdem wird zur Klarstellung ausdrücklich auf die nach § 73 Satz 2 ZPO erforderliche Zustellung der Streitverkündung abgestellt. Weggelassen wird gegenüber dem bisherigen § 209 Abs. 2 Nr. 4 die irreführende Einschränkung auf die Streitverkündung „in dem Prozesse, von dessen Ausgange der Anspruch abhängt". Entgegen dem Wortlaut ist nämlich die Verjährungswirkung der Streitverkündung gerade nicht davon abhängig, dass die tatsächlichen Feststellungen des Vorprozesses für den späteren Prozess maßgebend sein müssen (BGHZ 36, 212, 214). Die schon bislang praktizierte Gleichstellung der Streitverkündung im selbständigen Beweisverfahren mit der Streitverkündung im Prozess (BGHZ 134, 190) ist durch die bloße Anknüpfung an die Streitverkündung künftig zwanglos möglich.

Zu Nummer 7

Nummer 7 (Zustellung des Antrags auf Durchführung des selbständigen Beweisverfahrens) übernimmt die bisher in § 477 Abs. 2 und § 639 Abs. 1 für Gewährleistungsansprüche aus Kauf- und Werkvertrag vorgesehene Regelung als allgemeine Regelung. Es ist schon nach geltendem Recht kein tragender Grund ersichtlich, weshalb der Antrag auf Beweissicherung bei Gewährleistungsansprüchen aus Kauf- und Werkvertrag und nicht bei anderen Ansprüchen Einfluss auf den Lauf der Verjährung haben soll. Das gilt erst recht nach dem vorliegenden Entwurf, der die Sonderbehandlung der Gewährleistungsansprüche aus Kauf- und Werkvertrag einschränkt. Es ist daher vorgesehen, die in § 477 Abs. 2 und § 639 Abs. 1 enthaltene Regelung als allgemeine zu übernehmen - wieder mit der Maßgabe, dass statt der Unterbrechung die Hemmung der Verjährung vorgesehen wird. Außerdem wird zur Klarstel-

lung ausdrücklich auf die nach § 270 Abs. 1 Satz 1 ZPO erforderliche Zustellung des Antrags abgestellt.

Zu Nummer 8

Mit der Nummer 8 (Beginn eines vereinbarten Begutachtungsverfahrens oder die Beauftragung des Gutachters in dem Verfahren nach § 641a) werden von den Parteien vereinbarte Begutachtungsverfahren und das spezielle Begutachtungsverfahren nach § 641a zur Erwirkung der werkvertraglichen Fertigstellungsbescheinigung dem selbständigen Beweisverfahren, das nach § 485 ZPO gleichfalls die Begutachtung durch einen Sachverständigen zum Gegenstand haben kann, in ihrer verjährungsrechtlichen Wirkung gleichgestellt. Bei vereinbarten Begutachtungsverfahren wird allgemein auf ihren Beginn abgestellt, um der Vielfältigkeit der Parteivereinbarungen Rechnung zu tragen. Die Kenntnis des Schuldners von der Hemmung ist unproblematisch, da nur vereinbarte und damit unter Mitwirkung des Schuldners erfolgende Begutachtungsverfahren die Hemmungswirkung auslösen. Bei dem Verfahren nach § 641a wird auf die nach § 641a Abs. 2 Satz 2 erforderliche Beauftragung des Gutachters durch den Unternehmer abgestellt. Die Kenntnis des Bestellers von der Hemmung durch die Beauftragung des Gutachters ist durch die Einladung zum Besichtigungstermin nach § 641a Abs. 3 Satz 1 sichergestellt.

Zu Nummer 9

Die Nummer 9 (Zustellung des Antrags auf Erlass eines Arrestes, einer einstweiligen Verfügung oder einer einstweiligen Anordnung, oder, wenn der Antrag nicht zugestellt wird, dessen Einreichung, wenn der Arrestbefehl, die einstweilige Verfügung oder einstweilige Anordnung innerhalb von drei Monaten nach Erlass dem Antragsgegner zugestellt wird) sieht als Novum gegenüber dem bisherigen Recht vor, dass auch der Antrag auf Erlass eines Arrestes, einer einstweiligen Verfügung oder einer einstweiligen Anordnung die Verjährung hemmt.

Bislang fehlten diese Fälle bei der Aufzählung der gerichtlichen Maßnahmen in dem bisherigen § 209, da mit einem solchen Antrag nicht der Anspruch selbst, sondern dessen Sicherung geltend gemacht wird.

Gleichwohl sind auf Grund eines praktischen Bedürfnisses Fälle anerkannt worden, in denen mit der einstweiligen Verfügung eine – wenn auch nur vorläufige – Befriedigung wegen eines Anspruchs erreicht werden kann. Dies sind die Fälle der sog. Leistungsverfügung. Betroffen

sind in erster Linie (wettbewerbsrechtliche) Unterlassungsansprüche. Soweit in diesen Fällen der Anspruch selbst im Wege eines Antrags auf Erlass einer einstweiligen Verfügung geltend gemacht werden kann, wird in diesem Verfahren nicht nur über die Sicherung des Anspruchs, sondern über die vorläufige Befriedigung des Gläubigers entschieden. Der Gläubiger hat dann häufig kein Interesse mehr an dem Hauptsacheverfahren. Da jedoch die Unterlassungsansprüche nach § 21 Abs. 1 UWG einer sechsmonatigen Verjährungsfrist unterliegen, ist der Gläubiger mitunter gezwungen, ein Hauptsacheverfahren allein zur Verjährungsunterbrechung anhängig zu machen, um zu verhindern, dass während eines sich hinziehenden Verfahrens auf Erlass einer einstweiligen Verfügung die Verjährung eintritt und er mit leeren Händen dasteht. Entsprechendes gilt für den presserechtlichen Gegendarstellungsanspruch, der innerhalb der in den Landespressegesetzen bestimmten Aktualitätsgrenze geltend gemacht sein muss.

Der Arrest, die einstweilige Verfügung und die einstweilige Anordnung stehen in ihrer Rechtsschutzfunktion dem in der Nummer 7 geregelten selbständigen Beweisverfahren und den in der Nummer 8 geregelten Begutachtungsverfahren nicht nach. Auch dort ist der Anspruch selbst nicht unmittelbarer Verfahrensgegenstand. Auf eine unterschiedliche Behandlung der einzelnen Arten der einstweiligen Verfügung, der einstweiligen Anordnung und des Arrestes kann auch deshalb verzichtet werden, weil sie künftig nur eine Hemmung, nicht aber die Unterbrechung bewirken. Diese Wirkung ist weit weniger einschneidend.

Die Hemmung beginnt grundsätzlich mit der Zustellung des jeweiligen Antrags. Dies stellt sicher, dass die Hemmung nicht eintritt, ohne dass der Schuldner hiervon Kenntnis erlangt. Die Rückwirkung der Hemmungswirkung auf den Zeitpunkt der Einreichung des Antrags ergibt sich aus § 270 Abs. 3 ZPO. Vielfach wird jedoch über das Gesuch ohne mündliche Verhandlung entschieden und der Antrag daher nicht zugestellt. Für diesen Fall sieht die Nummer 9 vor, dass die Hemmungswirkung bereits mit der Einreichung des Antrags eintritt, jedoch unter der Bedingung steht, dass der Arrestbefehl, die einstweilige Verfügung oder einstweilige Anordnung innerhalb von drei Monaten nach Erlass dem Antragsgegner zugestellt wird. Diese (auflösende) Bedingung vermeidet eine „heimliche“ Hemmung, die beispielsweise zu besorgen wäre, wenn der Gläubiger von einem ohne Kenntnis des Schuldners ergangenen Sicherungsmittel keinen Gebrauch macht. Tritt die Bedingung nicht ein, weil das Gericht einen nicht zugestellten Antrag ablehnt und es daher überhaupt nicht zu einem Arrestbefehl usw. kommt, der zugestellt werden könnte, ist die fehlende Hemmungswirkung unschädlich.

Zu Nummer 10

Die Nummer 10 (Anmeldung des Anspruchs im Insolvenzverfahren oder im Schifffahrtsrechtlichen Verteilungsverfahren) entspricht mit der Maßgabe der zuvor erläuterten Umstellung auf den Hemmungstatbestand dem bisherigen § 209 Abs. 2 Nr. 2.

Zu Nummer 11

Die Nummer 11 (Empfang des Antrags, die Streitigkeit einem Schiedsgericht vorzulegen) greift hinsichtlich des schiedsrichterlichen Verfahrens gemäß §§ 1025 ff. ZPO den Gedanken des bisherigen § 220 Abs. 1 auf, der die Unterbrechung der Verjährung von Ansprüchen, die vor einem Schiedsgericht geltend zu machen sind, durch Verweisung auf die für gerichtliche Maßnahmen geltenden Vorschriften regelt. Allerdings wird nicht lediglich die entsprechende Anwendung der für die Klageerhebung geltenden Vorschriften angeordnet. Dadurch ergäbe sich die Unklarheit, wann man im Schiedsverfahren von einer der Klageerhebung vergleichbaren Situation sprechen kann. Mit dem Empfang des Antrags, die Streitigkeit einem Schiedsgericht vorzulegen, wird an den Tatbestand angeknüpft, der nach § 1044 Satz 1 ZPO für den Beginn des schiedsrichterlichen Verfahrens und damit für die Schiedshängigkeit (Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, § 1044 Rdn. 3) steht. Soweit § 1044 Satz 1 ZPO ermöglicht, dass durch Parteivereinbarung ein anderer Beginn des schiedsrichterlichen Verfahrens als der des Tages des Empfangs des Antrags festgelegt wird, ist durch die Formulierung der Nummer 10 sichergestellt, dass bei solchen Parteivereinbarungen keine Unsicherheit über den Zeitpunkt des Hemmungsbeginns entstehen kann. Denn auch in diesen Fällen ist der Hemmungsbeginn der Zeitpunkt des Empfangs des Antrags, auch wenn dieser Zeitpunkt dann nicht dem Beginn des schiedsrichterlichen Verfahrens entspricht.

Der Übernahme des bisherigen § 220 Abs. 2 bedarf es dann – anders als nach dem Vorschlag der Schuldrechtskommission - nicht mehr. Diese Vorschrift betrifft den Fall, dass zur Durchführung des Schiedsverfahrens noch die Ernennung des oder der Schiedsrichter oder die Erfüllung sonstiger Voraussetzungen erforderlich ist. Die Unterbrechung der Verjährung tritt in diesen Fällen nach geltendem Recht bereits dann ein, wenn der Berechtigte alles zur Erledigung der Sache seinerseits Erforderliche vornimmt. Damit soll verhindert werden, dass die Unterbrechung der Verjährung durch Umstände verzögert wird, auf die der Berechtigte keinen Einfluss hat. Auf die Ernennung eines Schiedsrichters kommt es aber nach dem neuen § 1044 ZPO nicht an. Auch auf die Erfüllung sonstiger Voraussetzungen kommt es für die Hemmung der Verjährung nicht an. Vielmehr liegt es allein in der Hand des Anspruchsberechtigten, den Empfang des Antrags, die Streitigkeit einem Schiedsgericht vorzulegen, zu bewirken.

Der bisherige § 220 Abs. 1 regelt auch den Fall, dass ein Anspruch vor einem besonderen Gericht, einem Verwaltungsgericht oder einer Verwaltungsbehörde geltend zu machen ist. Die Erwähnung anderer Gerichtszweige als solcher der ordentlichen Gerichtsbarkeit ist entbehrlich und entfällt. Die Erwähnung der Verwaltungsbehörden ist schon nach geltendem Recht obsolet (vgl. Palandt/Heinrichs § 220 Rdn. 1).

Zu Nummer 12

Mit der Nummer 12 (Einreichung des Antrags bei einer Behörde, wenn die Zulässigkeit der Klage von der Vorentscheidung dieser Behörde abhängt und innerhalb von drei Monaten nach Erledigung des Gesuchs die Klage erhoben wird; dies gilt entsprechend für bei einem Gericht oder bei einer in Nummer 4 bezeichneten Gütestelle zu stellende Anträge, deren Zulässigkeit von der Vorentscheidung einer Behörde abhängt) wird die erste Alternative des bisherigen § 210 Satz 1 übernommen.

Wie in den übrigen Fällen wird auch hier auf den Hemmungstatbestand umgestellt. Ferner wird nicht mehr an die Zulässigkeit des Rechtswegs, sondern an die der Klage geknüpft. Schon bislang wurde über den zu engen Wortlaut hinaus der bisherige § 210 immer dann angewendet, wenn eine behördliche Entscheidung oder ein behördliches Vorverfahren Zulässigkeitsvoraussetzung für die Erhebung der Klage ist (MünchKomm/v. Feldmann, § 210 Rdn. 2). Um auch hier einer „heimlichen“ Hemmung vorzubeugen, wird aus dem bisherigen § 210 die Bedingung übernommen, dass innerhalb von drei Monaten nach Erledigung des Gesuchs die Klage erhoben wird. Zudem erscheint es bei einem Verfahren zur Herbeiführung der Zulässigkeit der Klage sachgerecht, die Hemmung nur dann vorzusehen, wenn der Gläubiger die Angelegenheit anschließend weiterbetreibt. Der zweite Halbsatz der Nummer 12 sieht die entsprechende Anwendung für bei einem Gericht oder bei einer Gütestelle im Sinne der Nummer 4 zu stellende Anträge, deren Zulässigkeit von der Vorentscheidung einer Behörde abhängt, vor. Schon in dem bisherigen § 210 war als Alternative zur Klage der Güteantrag genannt. Hinzu kommen bei Gericht zu stellende Anträge wie der Prozesskostenhilfeantrag nach der Nummer 14, dessen Zulässigkeit genauso von einer behördlichen Entscheidung abhängen kann wie die Klage, für die Prozesskostenhilfe begehrt wird.

Zu Nummer 13

Mit der Nummer 13 (Einreichung des Antrags bei dem höheren Gericht, wenn dieses das zuständige Gericht zu bestimmen hat und innerhalb von drei Monaten nach Erledigung des

Gesuchs die Klage erhoben oder der Antrag, für den die Gerichtsstandsbestimmung zu erfolgen hat, gestellt wird) wird die zweite Alternative des bisherigen § 210 Satz 1 übernommen.

Wie in den übrigen Fällen wird auch hier auf den Hemmungstatbestand umgestellt. Um auch hier einer „heimlichen“ Hemmung vorzubeugen, wird aus dem bisherigen § 210 die Bedingung übernommen, dass innerhalb von drei Monaten nach Erledigung des Gesuchs die Klage erhoben wird. Als Alternative zur Klageerhebung wird allgemein auf Anträge, für die die Gerichtsstandsbestimmung zu erfolgen hat, abgestellt. Die Gerichtsstandsbestimmung nach § 36 ZPO ist nämlich nicht nur auf den Fall der Klageerhebung anzuwenden, sondern beispielsweise auch für den Fall, dass das für einen Mahnantrag zuständige Gericht bestimmt werden soll.

Zu Nummer 14

Die Nummer 14 (Bekanntgabe des erstmaligen Antrags auf Gewährung von Prozesskostenhilfe; erfolgt die Bekanntgabe demnächst nach der Einreichung des Antrags, so tritt die Hemmung der Verjährung bereits mit der Einreichung ein) stellt sicher, dass die bedürftige Partei zur Rechtsverfolgung ebensoviel Zeit hat wie diejenige, die das Verfahren selbst finanzieren muss.

Die Vorschrift ist neu im Gesetzestext, wird von der Rechtsprechung aber bereits heute – wie schon erwähnt - als Hemmungstatbestand anerkannt. Nicht erforderlich ist, - wie nach der gegenwärtigen Rechtsprechung – die Hemmung außer von dem bloßen Prozesskostenhilfeantrag davon abhängig zu machen, dass der Antrag ordnungsgemäß begründet, vollständig, von den erforderlichen Unterlagen begleitet und von der subjektiven Ansicht der Bedürftigkeit getragen ist. Diese Einschränkungen sind erforderlich, wenn man die Hemmung durch Antrag auf Prozesskostenhilfe aus dem geltenden § 203 Abs. 2 herleitet und die Unfähigkeit, die erforderlichen Vorschüsse zu leisten, als höhere Gewalt ansieht, die auch durch zumutbare Maßnahmen nicht überwunden werden kann. Im Rahmen einer gesetzlichen Neuregelung erscheint es nicht angebracht, zum Nachteil des Bedürftigen für den Prozesskostenhilfeantrag besondere Anforderungen gesetzlich vorzugeben. Auf solche Vorgaben wird auch bei den in den übrigen Nummern genannten Hemmungstatbeständen verzichtet und die Frage der Mindestanforderungen der Rechtsprechung überlassen.

Der insbesondere aus der Kostenfreiheit des Prozesskostenhilfeverfahrens resultierenden Missbrauchsgefahr begegnet der Entwurf dadurch, dass nur dem erstmaligen Antrag Hem-

mungswirkung zuerkannt wird. So ist ausgeschlossen, dass sich der Gläubiger hinsichtlich eines Anspruchs durch gestaffelte Prozesskostenhilfeanträge eine mehrfache Verjährungshemmung verschafft.

Die Hemmung beginnt grundsätzlich mit der Bekanntgabe des Antrags, wodurch sichergestellt ist, dass der Schuldner Kenntnis von der Hemmung erlangt. An die Zustellung als die förmliche Art der Bekanntgabe anzuknüpfen, kommt nicht in Betracht, da sie zivilprozessual nicht vorgeschrieben ist. In Entsprechung zu § 270 Abs. 3 ZPO, der mangels Zustellung keine Anwendung findet, wird bestimmt, dass die Hemmungswirkung auf die Einreichung des Prozesskostenhilfeantrags zurückwirkt, wenn die Bekanntgabe „demnächst" nach der Einreichung erfolgt. Anträge, die vom Gericht dem Schuldner nicht bekanntgegeben werden, bewirken keine Hemmung. Dies ist sachgerecht, denn dann handelt es sich entweder um von vornherein aussichtslose Gesuche oder um solche, bei denen zugleich der Antrag auf Erlass eines Arrestes, einer einstweiligen Verfügung oder einer einstweiligen Anordnung gestellt wird und die Hemmung bereits durch die Nummer 9 sichergestellt ist.

Zu Absatz 2

Absatz 2 enthält die Regelungen über die Beendigung der Hemmung in den in Absatz 1 genannten Fällen.

Zu Satz 1

Gemäß Satz 1 endet die Hemmung sechs Monate nach der rechtskräftigen Entscheidung oder anderweitigen Erledigung des eingeleiteten Verfahrens.

Damit dauert die durch die in Absatz 1 genannten Rechtsverfolgungsmaßnahmen ausgelöste Hemmung zum einen während des gesamten jeweiligen Verfahrens an. Diese Regelung ersetzt den bisherigen § 211 Abs. 1 und die vergleichbaren oder auf den bisherigen § 211 Abs. 1 verweisenden Bestimmungen der bisherigen §§ 212a bis 215 und 220 mit dem Unterschied, dass nun nicht mehr die Fortdauer der Unterbrechung der Verjährung, sondern die Dauer der Hemmung geregelt wird.

Zum anderen dauert die Hemmung auch über die Erledigung des Verfahrens hinaus noch weitere sechs Monate an. Die Gewährung einer solchen Nachfrist ist durch die Umstellung von der Unterbrechungs- auf die Hemmungswirkung und die dadurch bewirkte geringere Intensität der Einwirkung auf den Lauf der Verjährung angezeigt. Insbesondere bei Verfahren, die nicht mit einer Sachentscheidung enden, muss dem Gläubiger noch eine Frist blei-

ben, in der er – verschont von dem Lauf der Verjährung – weitere Rechtsverfolgungsmaßnahmen einleiten kann. Dies ist beispielsweise der Fall bei der Geltendmachung der Aufrechnung, wenn über die Aufrechnungsforderung nicht entschieden wurde, bei einem selbständigen Beweisverfahren oder bei einem Prozesskostenhilfeverfahren. Die 6-Monats-Frist ist in diesem Zusammenhang bereits eingeführt. Nach dem bisherigen § 211 Abs. 2 Satz 1 gilt für den Fall, dass der Berechtigte binnen sechs Monaten von neuem Klage erhebt, die Verjährung als durch die Erhebung der ersten Klage unterbrochen. Eine Verweisung hierauf oder vergleichbare Regelungen finden sich des Weiteren in den bisherigen §§ 212a bis 215 und 220. Die 6-Monats-Frist ist auch ausreichend. Vom Gläubiger kann erwartet werden, dass er bei der Handlung, die hier die Hemmung auslöst, den Anspruch prüft und seine Verfolgung bedenkt, so dass es beim Ende der Hemmung keiner längeren Überlegungs- und Vorbereitungsfrist mehr bedarf.

Bei den neuen Tatbeständen des Katalogs des Absatzes 1 ergeben sich durch das Abstellen auf die „Erledigung“ des eingeleiteten Verfahrens keine Probleme.

Beim selbständigen Beweisverfahren (Absatz 1 Nr. 7) – ohnehin schon durch den bisherigen § 477 Abs. 2 und den bisherigen § 639 Abs. 1 als Unterbrechungstatbestand eingeführt – ist abzustellen auf die Verlesung der mündlichen Aussage des Zeugen oder Sachverständigen im Termin (BGH, NJW 1973, 698, 699) bzw. auf die Zustellung des schriftlichen Gutachtens, wenn eine mündliche Erläuterung nicht stattfindet (BGH, MDR 1993, 979), sonst mit Zurückweisung oder Zurücknahme des Gesuchs (Zöller/Herget, § 492 Rdn. 4).

Bei dem in Absatz 1 Nr. 8 genannten Verfahren nach § 641a ist das Verfahren erledigt, wenn die erteilte Fertigstellungsbescheinigung dem Besteller zugeht (§ 641a Abs. 5 Satz 2), wenn der Gutachter die Erteilung der Bescheinigung wegen Nichtvorliegens der Voraussetzungen ablehnt, sonst mit Zurücknahme des Auftrags durch den Unternehmer. Bei dem gleichfalls in Absatz 1 Nr. 8 genannten vereinbarten Begutachtungsverfahren richtet sich die Erledigung primär nach der Parteivereinbarung und den Vorgaben des § 641a. Danach ist der Gutachter verpflichtet, eine Bescheinigung zu erteilen, wenn er die Freiheit von Mängeln festgestellt hat. Liegen Mängel vor, wird sich in der Regel aus der Beauftragung ergeben, dass er den Unternehmer über das Ergebnis zu unterrichten hat. Dieses ist dann die Erledigung.

Bei dem Verfahren auf Erlass eines Arrestes, einer einstweiligen Verfügung oder einer einstweiligen Anordnung (Absatz 1 Nr. 9) richtet sich das Vorliegen einer rechtskräftigen Entscheidung oder einer sonstigen Erledigung nach den prozessordnungsrechtlichen Vorschriften.

Letzteres gilt auch für das Prozesskostenhilfeverfahren (Absatz 1 Nr. 14). Diesbezüglich wird auf eine ergänzende Regelung, die näher bestimmen soll, wann das zur Bewilligung von Prozesskostenhilfe eingeleitete Verfahren als erledigt anzusehen ist, verzichtet. Probleme können sich hier etwa aus dem Umstand ergeben, dass eine die Bewilligung ablehnende Entscheidung von dem Antragsteller gemäß § 127 Abs. 2 Satz 2 ZPO mit der unbefristeten Beschwerde angefochten werden kann. Auch die Bewilligung der Prozesskostenhilfe kann nach Maßgabe des § 127 Abs. 3 ZPO von der Staatskasse angefochten werden. Eine ähnliche, wenn auch nicht allzu häufige Situation, kann sich bei dem selbständigen Beweisverfahren (Absatz 1 Nr. 7) ergeben: Dort ist der Beschluss, mit dem die Durchführung des beantragten Verfahrens abgelehnt wird, ebenfalls mit der unbefristeten Beschwerde anfechtbar. Indes sehen schon der bisherige § 477 Abs. 2 und der bisherige § 639 Abs. 1 eine Verjährungsunterbrechung durch das selbständige Beweisverfahren vor, die mit „Beendigung“ des Verfahrens endet. Nennenswerte praktische Probleme mit der Anwendung dieser Bestimmung sind nicht bekannt geworden. Im Übrigen wird darauf hingewiesen, dass der Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Zivilprozesses (BT-Drs. 14/4722) eine Abschaffung der unbefristeten Beschwerde vorsieht.

Keiner Übernahme in den Entwurf bedarf der bisherige § 214 Abs. 3. Dieser betrifft bei der Unterbrechung der Verjährung durch Anmeldung im Insolvenzverfahren oder im Schifffahrtsrechtlichen Verteilungsverfahren den Fall, dass für eine Forderung, die infolge eines bei der Prüfung erhobenen Widerspruchs in Prozess befangen ist, ein Betrag zurückgehalten wird. Hierbei handelt es sich um den Fall des § 189 InsO bzw. des § 26 der Schifffahrtrechtlichen Verteilungsordnung in der Fassung vom 23. März 1999 (BGBl. I S. 530, ber. 2000 I 149): Der Gläubiger einer bestrittenen Forderung hat dem Insolvenzverwalter bzw. dem Gericht fristgerecht nachgewiesen, dass er eine Feststellungsklage erhoben hat oder in einem schon früher anhängigen Rechtsstreit diese Forderung verfolgt. Dann wird der auf die Forderung entfallende Anteil bei der Verteilung zurückbehalten, solange der Rechtsstreit anhängig ist. Die Unterbrechung hinsichtlich dieser Forderung dauert dann nach dem bisherigen § 214 Abs. 3 in Verbindung mit dem bisherigen § 211 so lange fort, bis der Rechtsstreit über die bestrittene Forderung rechtskräftig entschieden oder anderweitig erledigt ist. Diese Fortdauer der Unterbrechung ist jedoch überflüssig, da parallel zu der Unterbrechung durch die Anmeldung die Verjährung des Anspruchs auch durch den früher anhängigen Rechtsstreit oder die nachträglich erhobene Feststellungsklage unterbrochen ist. Wenn mithin das Insolvenzverfahren bzw. das schifffahrtsrechtliche Verteilungsverfahren endet und für die bestrittene Forderung ein Betrag zurückgehalten wird, kann durchaus nach der Grundregel des bisherigen § 214 Abs. 1 die durch die Anmeldung bewirkte Unterbrechung der Verjährung enden. Dies

schadet dem Gläubiger nämlich nicht, da zu seinen Gunsten weiterhin die durch die Klage bewirkte Unterbrechung läuft. Nichts anderes gilt für das Recht des Entwurfs: Das Ende der Hemmung durch die Beendigung des Insolvenzverfahrens bzw. des schifffahrtsrechtlichen Verteilungsverfahrens schadet dem Gläubiger nicht, denn weiterhin ist die Verjährung seines Anspruchs durch die erhobene Klage gehemmt.

In allen Fällen wird davon abgesehen, entsprechend dem bisherigen § 212 Abs. 1 und den vergleichbaren oder auf den bisherigen § 212 Abs. 1 verweisenden Bestimmungen der bisherigen §§ 212a bis 215 und 220 rückwirkend die Hemmung entfallen zu lassen, wenn die Klage oder der sonstige Antrag zurückgenommen oder durch Prozessurteil abgewiesen wird. Durch die Umstellung von der Unterbrechungs- auf die Hemmungswirkung wird in deutlich geringerem Maße als bisher auf den Lauf der Verjährung eingewirkt. Der bloße Aufschub für die Dauer des Verfahrens und der sechsmonatigen Nachfrist sollte unabhängig von dessen Ausgang sein.

Zu Satz 2 und 3

Nach Satz 2 tritt an die Stelle der Erledigung des Verfahrens die letzte Verfahrenshandlung der Parteien, des Gerichts oder der sonst mit dem Verfahren befassten Stelle, wenn das Verfahren infolge einer Vereinbarung oder dadurch in Stillstand gerät, dass es nicht betrieben wird. Nach Satz 3 beginnt die Hemmung erneut, wenn eine der Parteien das Verfahren weiterbetreibt. Diese Vorschriften lehnen sich an den bisherigen § 211 Abs. 2 an, der nach geltendem Recht auch für die Fälle der bisherigen §§ 212a bis 215 und 220 anzuwenden ist. Angesichts der großen Zahl der rechtshängig gemachten, aber anschließend nicht weiter betriebenen Prozesse entspricht die Regelung einem praktischen Bedürfnis, da sonst wohl zu viele Forderungen nie verjähren würden. Es ist auch nicht ersichtlich, dass die Anwendung der Vorschrift unüberwindliche Schwierigkeiten bereitet hat.

Da nach der Formulierung des Satzes 2 die letzte Verfahrenshandlung „an die Stelle der Erledigung des Verfahrens“ nach Satz 1 tritt, endet auch in diesem Fall die Hemmung erst sechs Monate später. Dadurch erhalten die Parteien ausreichend Gelegenheit, sich zu vergewissern, ob der Prozess tatsächlich in Stillstand geraten ist.

Zu Absatz 3

Nach Absatz 3 finden auf die 3-Monatsfrist des Absatzes 1 Nr. 9, 12 und 13 die Vorschriften über die Hemmung bei höherer Gewalt (§ 206 RE), die Ablaufhemmung bei nicht voll Geschäftsfähigen (§ 210 RE) und die Ablaufhemmung in Nachlassfällen (§ 211 RE) entspre-

chende Anwendung. Hinsichtlich der Fälle des Absatzes 1 Nr. 12 und 13 entspricht dies dem bisherigen § 210 Satz 2; erweitert wird die Anwendung auf den neuen Tatbestand des Absatzes 1 Nr. 9.

Zu § 205 – Hemmung der Verjährung bei Leistungsverweigerungsrecht

Die Vorschrift greift einen Gedanken des bisherigen § 202 auf. Peters/Zimmermann (S. 253) meinen allerdings, dass der geltende § 202 mehr Verwirrung erzeugt als Nutzen bringt. Die anfängliche Stundung führe zu den gleichen Ergebnissen wie ein von vornherein vereinbarter späterer Fälligkeitstermin, so dass der bisherige § 202 neben dem bisherigen § 198 Satz 1 keine selbständige Bedeutung habe. Das nachträgliche Stundungsbegehren enthalte fast immer ein Anerkenntnis des Schuldners, so dass die gewährte Stundung wie die Vereinbarung eines späteren Fälligkeitstermins wirke. Fälle, in denen der Schuldner die Forderung bestreite und gleichzeitig um Stundung bitte, seien wohl so selten, dass sie die Regelung nicht rechtfertigten. Weiter in der Kommentarliteratur erörterte Fälle (z. B. Einstellung der Forderung in ein Kontokorrent, Einrede aus § 1100 Satz 2) könnten über § 198 Satz 1 erfasst werden. Auch das pactum de non petendo könne im Rahmen der derzeitigen §§ 208, 852 Abs. 2, 225 erfasst werden. Der bisherige § 202 habe Bedeutung eigentlich nur für Ausweichversuche dort, wo strenger formulierte Unterbrechungs- oder Hemmungstatbestände nicht eingriffen.

Diese Auffassung ist überzeugend. Es erscheint allerdings zweifelhaft, ob alle nachträglichen Vereinbarungen, die dem Schuldner einen Aufschub gewähren, als Anerkenntnis gewertet werden können. § 205 RE sieht daher eine Regelung vor, die sich auf vereinbarte vorübergehende Leistungsverweigerungsrechte beschränkt. Die Fassung wird dadurch entsprechend der geringen Bedeutung der Vorschrift erheblich vereinfacht. Damit bietet sie sich auch weniger für Umgehungsversuche an.

Soweit der BGH nach neuester Rechtsprechung (BGH, NJW 1999, 3705) die Ansicht vertritt, bei Zinsen aus Sicherungsgrundschulden sei die Verjährung nicht in entsprechender Anwendung des bisherigen § 202 Abs. 1 bis zum Eintritt des Sicherungsfalls gehemmt, hindert ihn der Wortlaut des neuen § 205 RE nicht, diese Rechtsprechung fortzusetzen.

Zu § 206 – Hemmung der Verjährung bei höherer Gewalt

Die Vorschrift übernimmt den bisherigen § 203 Abs. 2 zur Hemmung der Verjährung, wenn der Gläubiger durch höhere Gewalt an der Rechtsverfolgung gehindert ist. Peters/Zimmer-

mann (S. 252, 308) weisen allerdings darauf hin, dass der bisherige § 203 Abs. 2 mit dem Erfordernis der „höheren Gewalt“ früher mit dem auf die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen Versäumung einer Frist bezogenen § 233 Abs. 1 ZPO übereingestimmt habe, bei dessen Neufassung - nur noch: „ohne ihr Verschulden“ - aber nicht angepasst worden sei. Sie sprechen sich dafür aus, diese Anpassung nachzuholen, da die Fälle der Versäumung einer Notfrist und einer Verjährungsfrist durchaus vergleichbar seien. Dafür spreche auch die Regelung in § 651g Abs. 1 Satz 2 und die Rechtsprechung zu § 270 Abs. 3 ZPO, wonach die Zustellung „demnächst“ erfolgt sei, wenn sie nicht durch schuldhaftes Verhalten des Klägers verzögert worden sei. Es erscheine auch unbillig, dass Ansprüche verjährten, denen zunächst ein später für verfassungswidrig erklärtes Gesetz entgegengestanden habe, bei denen der Gläubiger schwer erkrankt sei oder bei deren Durchsetzung die Post verzögerlich gearbeitet habe.

Der Entwurf folgt dem nicht. Einmal sind die Fälle des § 233 ZPO und die des geltenden § 203 nicht ohne weiteres vergleichbar: Zunächst geht es bei § 233 ZPO darum, ob ein Träger öffentlicher Gewalt einen Rechtsbehelf wegen Versäumung einer regelmäßig sehr kurzen Frist a limine zurückweist. Bei dem bisherigen § 203 geht es darum, ob ein Schuldner einem Gläubiger deshalb, weil dieser eine regelmäßig viel längere Frist versäumt hat, eine an sich geschuldete Leistung verweigern kann. Wenn auch die bei § 233 ZPO einschlägigen Fälle im Einzelfall recht unterschiedlich sind, so verengt sich in der großen Mehrzahl der Fälle die Frage doch dahin, weshalb eine bestimmte Erklärung in einem bereits anhängigen Verfahren nicht vor Ablauf einer Frist eingegangen ist.

Bei dem bisherigen § 203 ist die Bandbreite der einschlägigen Fälle erheblich größer. Das beginnt mit der Frage, wie die Unkenntnis des Gläubigers vom Anspruch einzuordnen ist. Was ist mit dem Gläubiger, der sich wegen Krankheit nicht umfassend um seine Geschäfte kümmern, aber einzelne Maßnahmen noch veranlassen kann? Die Gründe, einen Anspruch nicht rechtzeitig einzuklagen, können sehr vielfältig sein: Ein Beweismittel wird zu spät aufgefunden. Das dem Anspruch entgegenstehende Gesetz ist noch nicht für verfassungswidrig erklärt worden. Die dem Anspruch entgegenstehende Rechtsprechung hat sich noch nicht geändert. Der Gläubiger, dem Prozesskostenhilfe zu Unrecht versagt worden ist, ist noch nicht wieder zu Geld gekommen.

Die bisherige Rechtsprechung in diesem Bereich, die die Hemmung der Verjährung verneint hat, ist sachgerecht (zu spät behobene Beweisschwierigkeiten: BGH, NJW 1975, 1466, verfassungswidriges Gesetz: KG und OLG Hamm, NJW 1980, 242 ff., 244, 246; geänderte Rechtsprechung: BAG, NJW 1962, 1077 f. gegen BGH, DB 1961, 1257).

Der geltende § 203 soll daher der Sache nach beibehalten, aber aus sprachlichen Gründen in einem Absatz zusammengefasst werden. Der in Absatz 1 des bisherigen § 203 geregelte Stillstand der Rechtspflege lässt sich zwanglos als Unterfall der höheren Gewalt auffassen.

Zu § 207 – Hemmung der Verjährung aus familiären und ähnlichen Gründen

Die Vorschrift greift die Regelung des bisherigen § 204 zur Hemmung der Verjährung aus familiären Gründen auf. Neu in Satz 2 ist, dass nun auch Ansprüche zwischen Lebenspartnern für die Dauer der Lebenspartnerschaft gehemmt sind. Gleichfalls neu sind die Sätze 3 und 4, wonach die Verjährung von Ansprüchen

- des Betreuten gegen den Betreuer während der Dauer des Betreuungsverhältnisses,
- des Pfleglings gegen den Pfleger während der Dauer der Pflegschaft und
- des Kindes gegen den Beistand während der Dauer der Beistandschaft

gehemmt ist. Damit wird der in der Regel vorhandenen strukturellen Überlegenheit des Betreuers, Pflegers oder Beistands Rechnung getragen, die dazu führen kann, dass Ansprüche nicht geltend gemacht werden. Anders als im Verhältnis zwischen Eltern und Kindern und dem Vormund zu dem Mündel wird die Hemmung nicht beidseitig ausgestaltet. Im Rahmen eines Betreuungsverhältnisses, einer Pflegschaft oder einer Beistandschaft gibt es normalerweise kein dem Verhältnis zwischen Eltern und Kindern und dem Vormund und dem Mündel vergleichbares Näheverhältnis, das der Gläubiger vor Störungen durch die klageweise Geltendmachung von Ansprüchen gegen den Schuldner bewahren möchte oder das zu einer Unterlegenheit des Gläubigers führt, die ihn an der rechtzeitigen Geltendmachung seiner Ansprüche hindert.

Zu § 208 – Hemmung der Verjährung bei Ansprüchen wegen Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung

Nach dieser – inhaltlich neuen – Vorschrift soll die Verjährung von Ansprüchen wegen Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung bis zur Vollendung des 18. Lebensjahres des Gläubigers gehemmt sein. Damit wird ein breiter Opferschutz bei Verletzungen der sexuellen Selbstbestimmung angestrebt. Die Vorschrift ist der parallelen Vorschrift für das Strafrecht, dem § 78b Abs. 1 Nr. 1 StGB, nachgebildet. Die gegenwärtigen zivilrechtlichen Regelungen erweisen sich oft als unzureichend. Es geht dabei vor allem um Fälle, in denen die zur Vertretung der Kinder berufenen Eltern auf die Verfolgung der zivilrechtlichen Ansprüche der Kinder verzichten. Die Motive hierfür sind vielfältig; sie reichen von einer Beschützung der

Kinder vor den mit der Rechtsverfolgung einhergehenden, insbesondere seelischen Belastungen, bis hin zu den eher zweifelhaften Motiven der „Rücksichtnahme“ auf den Täter oder der Angst vor einem „Skandal“. Die deliktischen Ansprüche aus § 823 wegen Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung eines Kindes verjähren – bisher nach § 852 Abs. 1, künftig nach den §§ 195, 197 Abs. 1 RE – in drei Jahren von der Kenntniserlangung an, wobei es auf die Kenntnis des gesetzlichen Vertreters ankommt (Palandt/Thomas, § 852 Rdn. 5). So können bislang Ansprüche noch während der Minderjährigkeit des Opfers verjähren. Mit § 208 RE ist dies künftig ausgeschlossen. Mit Erreichen der Volljährigkeit kann das Opfer selbst entscheiden, ob es seine unverjährten Ansprüche verfolgen will oder nicht.

Die Anknüpfung an die Vollendung des 18. Lebensjahres ergibt sich daraus, dass das Bürgerliche Gesetzbuch mit diesem Zeitpunkt dem Menschen die volle Geschäftsfähigkeit zuweist. Die Verjährung noch über diesen Zeitpunkt hinaus hemmen zu lassen, würde zudem einen Widerspruch zu § 78b Abs. 1 Nr. 1 StGB hervorrufen. Danach ruht bei einer Reihe von Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung die Verfolgungsverjährung bis zur Vollendung des 18. Lebensjahres des Opfers. Es wäre nicht sachgerecht, die zivilrechtliche Verjährung länger zu hemmen als die strafrechtliche Verjährung.

Zu § 209 – Wirkung der Hemmung

Die Vorschrift regelt die Wirkung der Verjährungshemmung und übernimmt unverändert den bisherigen § 205.

Zu § 210 – Ablaufhemmung bei nicht voll Geschäftsfähigen

Zu Absatz 1

Die Regelung übernimmt den bisherigen § 206 Absatz 1, wenn auch mit einigen Änderungen.

Nach dem bisherigen § 206 wird der Ablauf der Verjährung der Ansprüche des nicht voll Geschäftsfähigen gehemmt, wenn dieser ohne gesetzlichen Vertreter ist. Nicht erfasst ist die Verjährung von Ansprüchen gegen ihn (BGH, NJW 1979, 1983 f.). Einen gewissen Ausgleich hierfür bietet § 57 ZPO, wonach der Vorsitzende des Prozessgerichts unter den dort näher geregelten Voraussetzungen auf Antrag des Klägers dem nicht prozessfähigen Gegner, der ohne gesetzlichen Vertreter ist, einen besonderen Vertreter bestellen kann.

Die Lösung über § 57 ZPO ist jedoch mit Problemen verbunden, insbesondere in den nicht seltenen Fällen, in denen die Geschäftsfähigkeit des Gegners zwar zweifelhaft ist, dieser aber Bedenken gegen seine Geschäftsfähigkeit weit von sich weist und sich nicht untersuchen lässt. Nach BGH, NJW 1962, 1510 kann zwar in diesen Fällen in analoger Anwendung des § 57 ZPO ein besonderer Vertreter bestellt werden, wenn sich auch nach Erschöpfung aller erschließbaren Erkenntnisquellen die Geschäfts- und damit die Prozessfähigkeit nicht klären lässt und die Voraussetzungen für die Bestellung eines Vertreters außerhalb des Rechtsstreits nicht dargetan wurden (für diese Voraussetzung auch OLG Saarbrücken, OLGZ 1967, 423). Die Schwierigkeiten dieses Verfahrens für den Gläubiger werden in der Rechtsprechung erkannt (BGH aaO).

Der Entwurf sieht daher vor, die Ablaufhemmung beidseitig auszugestalten. Zugunsten des Gläubigers eines geschäftsunfähigen Schuldners soll die Regelung auch dann eingreifen, wenn er sich nicht darum bemüht hat, den Mangel der Vertretung zu beseitigen. Er soll nicht gezwungen werden, möglicherweise sehr zum Nachteil des Schuldners, Maßnahmen zur Klärung der Geschäftsfähigkeit nur deswegen zu ergreifen, um die drohende Verjährung abzuwenden. Die Ablaufhemmung kann selbst dann eintreten, wenn der Gläubiger die Geschäftsunfähigkeit seines Schuldners nicht erkannt hat.

Satz 2 übernimmt die Regelung des bisherigen § 206 Abs. 1 Satz 2.

Zu Absatz 2

Absatz 2 übernimmt die Regelung des bisherigen § 206 Abs. 2 trotz ihrer geringen Bedeutung. Sie betrifft den Fall des trotz der Beschränkung seiner Geschäftsfähigkeit Prozessfähigen.

Zu § 211 – Ablaufhemmung in Nachlassfällen

Die Vorschrift entspricht sachlich dem bisherigen § 207 zur Ablaufhemmung der Verjährung von Ansprüchen, die zu einem Nachlass gehören oder sich gegen einen Nachlass richten. Bedenken gegen diese Vorschrift oder besondere Probleme bei ihrer Anwendung sind nicht ersichtlich. Sie soll daher beibehalten werden.

Zu § 212 – Neubeginn der Verjährung

Zu Absatz 1

Zu Nummer 1

Wenn der Schuldner durch eigene Handlungen unmissverständlich klarstellt, dass er den Anspruch als bestehend ansieht, bedarf er des Schutzes der Verjährung nicht. Schutzbedürftig ist dagegen der Gläubiger, der möglicherweise im Vertrauen auf das Verhalten des Schuldners davon absieht, den Anspruch geltend zu machen.

Dem kann dadurch Rechnung getragen werden, dass die Verjährung mit dem Anerkenntnis neu zu laufen beginnt. Für eine Hemmung der Verjährung eignet sich der Fall nicht, da die maßgebende Handlung des Schuldners häufig nur ganz geringe Zeit in Anspruch nimmt, so dass ein Zeitraum, für den der Ablauf der Verjährung gehemmt sein könnte, fehlt. Der bisherige § 208 bestimmt deshalb für diesen Fall eine Unterbrechung der Verjährung.

Der Entwurf sieht vor, es insoweit in der Sache beim geltenden Recht zu belassen. Absatz 1 Nr. 1 übernimmt deshalb den bisherigen § 208 mit zwei Änderungen: Da nur das Anerkenntnis und in Absatz 1 Nr. 2 die Zwangsvollstreckung als Unterbrechungstatbestände geregelt werden, soll die Wirkung der Unterbrechung unter Einbeziehung des bisherigen § 217 in beiden Bestimmungen gleich mitgeregelt werden („Die Verjährung beginnt erneut ...“). Zum anderen wird zur Vereinheitlichung anstelle von Verpflichteten und Berechtigten von Schuldnern und Gläubigern gesprochen.

Ausdrücklich nicht übernimmt der Entwurf einen in der Reformdiskussion geäußerten Vorschlag, die Aufrechnung als Unterfall des Anerkenntnisses zu behandeln. Wer gegen einen gegen ihn geltend gemachten Anspruch aufrechnet, erkennt diesen in der Regel gerade nicht an, sondern bestreitet ihn (so OLG Celle, OLGZ 1970, 5, 6; im Ergebnis ebenso: BGHZ 58, 103, 105; OLG Koblenz, VersR 1981, 167, 168; MünchKomm/v. Feldmann, § 208 Rdn. 11 f.). Teilweise wird die einschränkende Ansicht vertreten, nur die Aufrechnung mit einer bestrittenen Forderung gegen eine unbestrittene sei kein Anerkenntnis der letzteren (Staudinger/Dilcher § 208 Rdn. 6; Palandt/Heinrichs, § 208 Rdn. 2; a. A. BGHZ 107, 395, 397). Auch nach dieser Ansicht wäre es nicht gerechtfertigt, die Aufrechnung allgemein als Fall des Anerkenntnisses zu werten. Die Frage, ob im Einzelfall einmal eine Aufrechnung als Anerkenntnis zu werten ist, kann der Rechtsprechung überlassen bleiben.

Zu Nummer 2

Dem Gläubiger muss es weiter möglich sein, die Verjährung eines titulierten Anspruchs zu verhindern. Hier bietet es sich an, die Verjährung im Falle der Zwangsvollstreckung neu laufen zu lassen, da der Gläubiger in einem förmlichen Verfahren zum Ausdruck bringt, dass er auf dem Anspruch besteht. Da dies der maßgebliche Gesichtspunkt ist und nicht die Dauer eines Zwangsvollstreckungsverfahrens, eignet sich der Fall ebenfalls nicht für die Hemmung. Der bisherige § 209 Abs. 2 Nr. 5 sieht deshalb eine Unterbrechung der Verjährung durch Vornahme einer Vollstreckungshandlung oder einen Antrag auf Zwangsvollstreckung bei einem Gericht oder einer Behörde vor. Allerdings beruht die Formulierung des bisherigen § 209 Abs. 2 Nr. 5 auf dem überholten Verständnis, dass bei der Vollstreckung durch den Gerichtsvollzieher der Gläubiger selbst – und privatrechtlich – handelt, sonstige Vollstreckungsorgane aber hoheitlich handeln. Auch der Gerichtsvollzieher ist Vollstreckungsorgan und handelt hoheitlich. Daher bestimmt Absatz 1 Nr. 2, dass die Verjährung neu beginnt, wenn „eine gerichtliche oder behördliche Vollstreckungshandlung vorgenommen oder beantragt wird“, ohne dass damit eine sachliche Änderung gegenüber dem bisherigen § 209 Abs. 2 Nr. 5 verbunden ist. Des Weiteren wird wiederum die derzeit in § 217 enthaltene Wirkung der Unterbrechung gleich mit geregelt („Die Verjährung beginnt erneut ...“).

Der Übernahme des zweiten Halbsatzes des § 217 („. . .; eine neue Verjährung kann erst nach der Beendigung der Unterbrechung beginnen.“) bedarf es nicht, da schon hier ebenso wenig wie in § 204, da die Fälle der „gestreckten“ Unterbrechung als Hemmungstatbestände ausgestaltet werden sollen. Hierzu gehört der Antrag auf Zwangsvollstreckung nicht. Er unterbricht schon nach geltendem Recht nur für den Augenblick der Anbringung des Antrags und nicht für die Dauer des sich etwa anschließenden Verfahrens (RGZ 128, 76, 80; BGH, NJW 1979, 217; MünchKomm/v. Feldmann, § 216 Rdn. 1).

Zu den Absätzen 2 und 3

Zur Regelung der Frage, wann die nach Absatz 1 Nr. 2 eingetretene Unterbrechung der Verjährung wegen Mängeln der Zwangsvollstreckung oder Rücknahme des Antrags entfällt, sieht der Entwurf die Übernahme der beiden Absätze des bisherigen § 216 als § 207 Abs. 2 und 3 vor. Änderungen bestehen lediglich darin, dass es entsprechend dem bereits erwähnten Vereinheitlichungsansatz „Gläubiger“ und nicht „Berechtiger“ heißt. Zum anderen wird zur sprachlichen Vereinheitlichung durchgehend der Begriff „Vollstreckungshandlung“ verwendet und nicht daneben auch der Begriff „Vollstreckungsmaßregel“. Die dem geltenden Recht eigene Unterscheidung, dass die Unterbrechung nur entfällt, wenn die Voraussetzungen für die Zwangsvollstreckung schlechthin fehlen und nicht schon dann, wenn die Vollstreckungsmaßnahme etwa wegen Unpfändbarkeit der Sache oder auf Grund einer Drittwider-

spruchsklage aufgehoben wird (MünchKomm/ v. Feldmann, § 216 Rdn. 3; Palandt/Heinrichs, § 216 Rdn. 1), bleibt erhalten.

Zu § 213 – Hemmung und erneuter Beginn der Verjährung bei anderen Ansprüchen

Soweit Maßnahmen in Bezug auf einen bestimmten Anspruch die Verjährung neu beginnen oder hemmen lassen, fragt es sich, wie weit der erneute Beginn oder die Hemmung reicht: Gilt sie nur für den Anspruch im Sinne des Prozessrechts oder weitergehend für alle Ansprüche, die aus dem gleichen Grunde auf das gleiche Interesse gehen? Hemmt beispielsweise die Erfüllungsklage, die der Gläubiger nach erfolglosem Ablauf einer gesetzten Nachfrist erhebt, auch die Verjährung für den Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung oder auf Rückzahlung des Kaufpreises, wenn der Gläubiger im Laufe des Prozesses zurücktritt und auf einen dieser Ansprüche übergeht?

Im geltenden Recht bewirkt nach dem bisherigen § 477 Abs. 3 die Hemmung oder Unterbrechung eines der im dortigen Absatz 1 bezeichneten Ansprüche (Anspruch auf Wandelung, Minderung oder Schadensersatz) auch die Hemmung oder Unterbrechung der anderen Ansprüche. In dem bisherigen § 639 Abs. 1 wird für die in dem bisherigen § 638 genannten Ansprüche (Nachbesserung, Wandelung, Minderung, Schadensersatz) auf den geltenden § 477 Abs. 3 verwiesen. Die Rechtsprechung hat darüber hinaus für einige Fälle angenommen, dass die auf einen bestimmten Gegenstand gerichtete Klage auch die Verjährung eines auf das gleiche Interesse gerichteten Anspruchs unterbricht (RGZ 77, 213 ff . mit umstrittener Begründung - vgl. Henckel, JZ 1962, 335, 337 - für den Anspruch auf Kapitalabfindung im Verhältnis zum Anspruch auf Geldrente; RGZ 109, 234 ff. für den Anspruch auf Herausgabe einer Sache im Verhältnis zum Anspruch auf Schadensersatz wegen Unmöglichkeit der Herausgabe; RGZ 134, 272 für die Klage auf Schadensersatz wegen Verschweigens eines Mangels hinsichtlich des Minderungsanspruchs; BGHZ 58, 30 für die Klage auf Ersatz der Mängelbeseitigungskosten hinsichtlich des Anspruchs auf Schadensersatz; BGH, NJW 1985, 1152 für die Zahlungsklage auf Schadensersatz wegen Belastung mit einer Verbindlichkeit im Verhältnis zum Freistellungsanspruch). Die Abgrenzung im einzelnen ist zweifelhaft (verneinend zum Beispiel BGHZ 104, 6, 12 für die - mangels Vorliegen der Voraussetzung des bisherigen § 326 unbegründete - Klage auf Schadensersatz hinsichtlich des Anspruchs auf Erfüllung; BGH, VersR 1959, 701 und OLG Hamm, VersR 1981, 947 für die Klage auf Leistung hinsichtlich des Schadensersatzanspruchs wegen Verzögerung der Leistung; BGH, NJW 1983, 388 für die Klage auf den großen Pflichtteil hinsichtlich des Anspruchs auf Zugewinnausgleich).

Der Entwurf sieht in § 213 RE vor, die Erstreckung der Unterbrechung und der Hemmung der Verjährung nicht wie bisher nur für Gewährleistungsansprüche des Kauf- und Werkvertragsrechts zu regeln, sondern allgemein für alle Ansprüche, so wie es jetzt bereits in der Rechtsprechung durch Ausdehnung des Rechtsgedankens des § 477 Abs. 3 geschieht. Ein Gläubiger, der ein bestimmtes Interesse mit einem bestimmten Anspruch verfolgt, muss davor geschützt werden, dass inzwischen andere Ansprüche auf dasselbe Interesse verjähren, die von vornherein wahlweise neben dem geltend gemachten Anspruch gegeben sind oder auf die er stattdessen übergehen kann. Der Gläubiger soll nicht gezwungen werden, sich etwa durch Hilfsanträge im Prozess vor der Verjährung dieser weiteren Ansprüche zu schützen. Der Schuldner ist insoweit nicht schutzbedürftig, da er durch die Unterbrechung oder Hemmung hinsichtlich des einen Anspruchs hinreichend gewarnt ist und sich auf die Rechtsverfolgung des Gläubigers hinsichtlich der übrigen Ansprüche einstellen kann.

Durch die vorgesehene Regelung ändert sich zunächst nichts daran, dass der Neubeginn oder die Hemmung der Verjährung den Anspruch im Sinne des Prozessrechts erfasst, unabhängig davon, ob er aus einer oder mehreren Anspruchsgrundlagen des materiellen Rechts hergeleitet wird (vgl. Palandt/Heinrichs, § 209 Rdn. 13). Die Vorschrift greift erst, wenn diese Grenze durch Änderung des Antrags oder des zugrundeliegenden Sachverhalts überschritten wird.

Durch die gewählte Formulierung kommt zum Ausdruck, dass es sich um einen anderen Anspruch gegen den gleichen Schuldner handeln muss, dass der Anspruch auf das gleiche Interesse gehen muss und dass es sich um einen der Fälle handeln muss, in denen das Gesetz von vornherein mehrere Ansprüche dem Gläubiger zur Wahl stellt oder es ihm ermöglicht, in Verfolgung des gleichen wirtschaftlichen Interesses von einem zum anderen Anspruch überzugehen. Dieses Verhältnis ist beispielsweise nicht gegeben zwischen dem Erfüllungsanspruch und dem Anspruch auf Ersatz des Verzögerungsschadens, denn es handelt sich um Ansprüche, die von vornherein nebeneinander und nicht wahlweise gegeben sind.

Gewisse Abgrenzungsschwierigkeiten werden nicht zu vermeiden sein. Diese gibt es jedoch bereits im geltenden Recht. Sie sind mit vertretbarem Regelungsaufwand nicht zu beheben.

Zu Titel 3 – Rechtsfolgen der Verjährung

Zu § 214 – Wirkung der Verjährung

§ 214 RE entspricht in beiden Absätzen dem geltenden § 222. Geregelt ist die Wirkung der Verjährung. Die Vorschrift hat sich in der Praxis bewährt. Sie ist, soweit ersichtlich, in ihrem sachlichen Gehalt nicht umstritten. Der Entwurf sieht deshalb keinen Anlass zu Änderungen, von geringen Anpassungen an den heutigen Sprachgebrauch abgesehen.

Zu § 215 – Aufrechnung und Zurückbehaltungsrecht nach Eintritt der Verjährung

§ 390 Satz 1 verbietet die Aufrechnung mit einer einredebehafteten Forderung. Die Regelung ist Ausdruck des allgemeinen Gedankens, dass nur eine vollwirksame Forderung zur Aufrechnung gestellt werden soll, die der Aufrechnende auch selbständig durchsetzen könnte. § 389 ordnet die Rückwirkung der Aufrechnung an. Diese Vorschrift bewirkt, dass eine einmal geschaffene Aufrechnungslage nicht durch bloßen Zeitablauf beseitigt werden kann. Wendet man § 390 Satz 1 ohne jede Ausnahme auch auf die verjährte Forderung an, so setzt man sich in einen gewissen Widerspruch zu dem Grundgedanken des § 389, wenn beide Forderungen in unverjährter Zeit sich aufrechenbar gegenüberstanden. Zu klären ist, ob dies für die verjährte Forderung eine Ausnahmeregelung rechtfertigt.

Im geltenden Recht folgt der bisherige § 390 Satz 2 dem in § 389 enthaltenen Grundsatz der Rückwirkung der Aufrechnung. Er lässt die Aufrechnung auch mit verjährten Ansprüchen zu, wenn nur die Aufrechnungslage noch in unverjährter Zeit bestanden hat. Darin liegt eine Ausnahme zu dem allgemeinen Grundsatz in § 390 Satz 1, wonach eine Forderung nicht aufgerechnet werden kann, der eine Einrede entgegensieht. Die Aufrechnungsmöglichkeit bleibt selbst dann erhalten, wenn die zur Aufrechnung gestellte Forderung bereits zuvor wegen Verjährung rechtskräftig abgewiesen worden ist (BGH, WM 1971, 1366, 1367).

Eine Einschränkung der nach dem bisherigen § 390 Satz 2 zulässigen Aufrechnung mit einer verjährten Forderung enthalten die bisherigen §§ 479, 639 im Kauf- und Werkvertragsrecht sowie verschiedene Vorschriften außerhalb des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Analog angewandt wird der derzeit geltende § 390 Satz 2 auf Nachforderungen eines Auftragnehmers, die wegen vorbehaltloser Entgegennahme der Schlusszahlung gemäß § 16 Nr. 3 Abs. 2 Satz 1 VOB/B nicht mehr geltend gemacht werden können (BGH, NJW 1982, 2250, 2251). Nicht entsprechend anwendbar ist die Vorschrift dagegen auf Ausschlussfristen (h. M. vgl. Palandt/Heinrichs § 390 Rdn. 3; Staudinger/Kaduk § 390 Rdn. 40; MünchKomm/v. Feldmann § 390 Rdn. 2; BGH, DB 1974, 585, 586 unter Aufgabe von BGHZ 26, 304, 308 ff.).

Anerkannt ist in Rechtsprechung und Literatur, dass ein Zurückbehaltungsrecht auch auf einen verjährten Anspruch gestützt werden kann, wenn die Verjährung noch nicht vollendet war, als der Anspruch des Gläubigers entstand. Zur Begründung wird teilweise der bisherige § 390 Satz 2 herangezogen (BGHZ 53, 122, 125), teilweise wird diese Rechtsfolge auch aus dem Grundsatz des § 223 Abs. 1 hergeleitet (MünchKomm/v. Feldmann § 223 Rdn. 2).

Der bisherige § 390 Satz 2 hat sich in der Praxis bewährt. Der Entwurf sieht daher keinen Anlass, Änderungen des bestehenden Rechts vorzunehmen. Der Entwurf übernimmt deshalb den Regelungsinhalt dieser Vorschrift in den neuen § 218 und dehnt lediglich den Anwendungsbereich der Vorschrift ausdrücklich auf das Zurückbehaltungsrecht mit einer verjährten Forderung aus. Auch damit wird aber keine Änderung des geltenden Rechts vorgesehen. Der Entwurf übernimmt nur, was in Rechtsprechung und Literatur bereits anerkannt ist. Da die Regelung die Wirkungen der Verjährung betrifft, soll sie in die hierauf bezogenen allgemeinen Vorschriften eingestellt werden.

Zu § 216 – Wirkung der Verjährung bei dinglich gesicherten Ansprüchen

Vorbemerkung

Die Verjährung lässt einen Anspruch nicht erlöschen, begründet zugunsten des Schuldners aber ein dauerndes Leistungsverweigerungsrecht. Ist für den Anspruch ein akzessorisches Sicherungsrecht bestellt, so stellt sich die Frage, ob auch der Befriedigung aus dem Sicherungsrecht die Einrede der Verjährung entgegengehalten werden kann.

Gemäß dem bisherigen § 223 Abs. 1 ist ein Gläubiger, für dessen Anspruch eine Hypothek oder ein Pfandrecht bestellt ist, auch nach Verjährung der gesicherten Forderung nicht gehindert, sich aus der Sicherheit zu befriedigen. Da die verjährte Forderung trotz Verjährung fortbesteht und erfüllbar bleibt, bestehen auch diese akzessorischen Sicherungsrechte weiter und erlöschen nicht automatisch. Der bisherige § 223 Abs. 1 durchbricht insoweit den Grundsatz der Akzessorietät von Hypothek und Pfandrecht, als hier im Gegensatz zu anderen Einreden (vgl. §§ 1137, 1169, 1211, 1254) die Einrede der Verjährung des gesicherten Anspruchs dem dinglichen Verwertungsrecht nicht entgegengesetzt werden kann. Sie begründet weder einen Anspruch auf Löschung der Hypothek noch auf Rückgabe des Pfandes. Der geltende § 223 Abs. 1 wird nicht nur auf das vertragliche, sondern auch auf das gesetzliche Pfandrecht angewandt, ferner auf das Pfändungspfandrecht sowie auf das auf Grund eines Arrestes erworbene Pfandrecht. Der bisherige § 223 Abs. 2 betrifft die Sicherungsübertragung eines Rechts. Er beruht gleichfalls auf der Überlegung, dass eine zur Sicherung der

persönlichen Forderung geschaffene Rechtsstellung von der Verjährung der Forderung nicht berührt werden soll. Er findet Anwendung auf die Sicherungsübereignung und die Sicherungsabtretung. Der geltende § 223 Abs. 3 verwehrt es dem Gläubiger, nach Verjährung des gesicherten Anspruchs auf Sicherheiten im Sinne der Absätze 1 und 2 zurückzugreifen, wenn es sich bei dem Anspruch um Zinsrückstände oder andere wiederkehrende Leistungen handelt. Hierunter fallen nicht Tilgungs- oder Amortisationsbeiträge.

Die h. M. wendet den bisherigen § 223 analog auf den Eigentumsvorbehalt an, weil die aufschiebend bedingte Eigentumsübertragung ebenfalls einem Sicherungszweck dient (Palandt/Heinrichs § 223 Rdn. 3). Nach dieser Meinung kann der Verkäufer auch nach Verjährung der Kaufpreisforderung die unter Eigentumsvorbehalt gelieferte Sache herausverlangen (vgl. BGHZ 70, 96, 99 m. w. N.). Das gilt auch dann, wenn es sich um ein Abzahlungsgeschäft handelt (BGH, NJW 1979, 2195, 2196). Unanwendbar ist der bisherige § 223 dagegen auf Grund- und Rentenschulden. Da sie nicht akzessorisch sind, werden sie von der Verjährung des gesicherten Anspruchs ohnehin nicht berührt.

Gleichfalls keine Anwendung findet der derzeitige § 223 auf die Bürgschaft und die Vormerkung. § 768 bestimmt ausdrücklich, dass sich der Bürge auf die Verjährung der Hauptforderung berufen kann. Ist ein durch eine Vormerkung gesicherter Anspruch verjährt, so besteht gemäß § 886 ein Anspruch auf Löschung der Vormerkung (Staudinger/Dilcher § 223 Rdn. 5).

Peters/Zimmermann (S. 264 ff., 310 f.) kritisieren mit beachtlichen Gründen den derzeitigen Rechtszustand. Sie beanstanden, dass durch den derzeitigen § 223 Abs. 1 der ansonsten für dingliche Sicherungsrechte geltende Grundsatz der Akzessorietät ohne einleuchtenden Grund durchbrochen werde. Fallen Sicherungsgeber und persönlicher Schuldner auseinander, so hafte der Sicherungsgeber, der doch nur sekundär in Anspruch genommen werden soll, im Ergebnis länger als der Hauptschuldner. Andererseits werde der Sicherungsgeber häufig Regress nehmen können und entziehe damit dem Hauptschuldner nachträglich wieder die Vorteile der Verjährung. Seien persönlicher Schuldner und Sicherungsgeber identisch, so zwinge bei Inanspruchnahme der Sicherheit der Grundsatz der Akzessorietät dazu, das Bestehen der verjährten Forderung zu überprüfen, obwohl gerade diese Prüfung durch das Rechtsinstitut der Verjährung vermieden werden solle. Peters/Zimmermann schlagen deshalb eine Regelung vor, wonach mit dem Eintritt der Verjährung sämtliche für den verjährten Anspruch bestellten akzessorischen Sicherheiten erlöschen. Abgelehnt wird von Peters/Zimmermann auch eine analoge Anwendung des bisherigen § 223 auf den Eigentumsvorbehalt, da der Verkäufer es ansonsten in der Hand habe, sich dadurch ein Rücknahme-

recht zu schaffen, dass er entgegen seinen Interessen die Kaufpreisforderung verjähren lasse.

Zu Absatz 1

Absatz 1 entspricht – abgesehen von einer kleinen sprachlichen Anpassung an den heutigen Sprachgebrauch („belasteter“ statt „verhafteter“ Gegenstand) – wörtlich dem bisherigen § 223 Abs. 1. Die Vorschrift hat sich bewährt.

Dem Änderungsvorschlag von Peters/Zimmermann, der praktisch auf eine Differenzierung zwischen akzessorischen und nicht akzessorischen Sicherungsrechten hinausläuft, wird nicht gefolgt. Durch diesen Vorschlag würden in verjährungsrechtlicher Hinsicht Sicherungsrechte unterschiedlicher Qualität geschaffen. Ansprüche aus Grundschulden, Sicherungsabtretungen und Sicherungsübereignungen blieben bestehen, während Ansprüche aus Hypotheken und Pfandrechten erlöschen würden. Vom Sicherungszweck her lässt sich eine derartige Differenzierung nicht begründen. Im Übrigen würde sich die Praxis ohnehin auf die geänderte Rechtslage einstellen und dann das Sicherungsmittel wählen, auf das die Verjährung keinen Einfluss hat. Bedenkenswert ist allerdings die Überlegung von Peters/Zimmermann, dass durch den Fortbestand der Verwertungsmöglichkeit die für den persönlichen Schuldner positive Rechtsfolge der Verjährung unterlaufen und vor allem bei Auseinanderfallen von persönlichem Schuldner und Sicherungsgeber der Sicherungsgeber benachteiligt wird. Das Risiko, trotz Verjährung der persönlichen Schuld weiter haften zu müssen, besteht jedoch von Anfang an und ist damit für den Sicherungsgeber wie für den Schuldner kalkulierbar.

Zu Absatz 2

Satz 1 entspricht dem bisherigen § 223 Abs. 2 mit der Maßgabe, dass statt von der Übertragung eines Rechts von dessen Verschaffung gesprochen wird. Der bisherige Wortlaut weist in dem Bereich der Sicherungsgrundschuld – die wichtigste Form der Immobiliarsicherheit – eine Lücke auf: Erfasst ist nur der Fall, dass dem Sicherungsnehmer eine bereits bestehende Grundschuld „übertragen“ worden ist, nicht jedoch die Variante, dass ihm eine Grundschuld erstmals bestellt, mithin „verschafft“ worden ist.

Satz 2 betrifft den bislang in diesem Zusammenhang nicht geregelten Eigentumsvorbehalt und bestimmt, dass in diesem Fall der Rücktritt vom Vertrag auch dann noch verlangt werden kann, wenn der gesicherte Anspruch verjährt ist. Es besteht kein Anlass, dieses Ergeb-

nis, das die h. M. bislang aus einer analogen Anwendung des § 223 auf den Eigentumsvorbehalt gewonnen hat, zu ändern. Vielmehr ist der Standpunkt der h. M. sinnvoll. Deshalb regelt Satz 2 diesen Fall ausdrücklich in diesem Sinne.

Von seinem Sicherungszweck her ist der Eigentumsvorbehalt durchaus mit den anderen in Absatz 2 genannten Sicherungsrechten vergleichbar. Es empfiehlt sich deshalb, ihn auch hinsichtlich der Verjährung gleich zu behandeln. Ohne eine ausdrückliche Regelung wäre dies nicht möglich. Nach § 448 Abs. 2 RE kann nämlich der Verkäufer die Sache auf Grund seines Eigentumsvorbehalts nur herausverlangen, wenn er vom Vertrag zurückgetreten ist. Ein Rücktritt wegen Nichtzahlung des Kaufpreises ist aber unwirksam, wenn der Kaufpreisanspruch verjährt ist und der Schuldner sich hierauf beruft (§ 218 Abs. 1 Satz 1 RE). Um dem Verkäufer dennoch die Rücknahme zu ermöglichen, bestimmt Satz 2, dass die Verjährung der Kaufpreisforderung den Verkäufer nicht hindert, vom Vertrag zurückzutreten. Die Vorschrift bildet somit eine Ausnahme zur Grundregelung des § 218 Abs. 1 Satz 1 RE, wie § 218 Abs. 1 Satz 1 RE auch klarstellt.

Zu Absatz 3

Absatz 3 entspricht inhaltlich bei geringen sprachlichen Korrekturen dem derzeitigen § 223 Abs. 3.

Zu § 217 – Verjährung von Nebenleistungen

Der Anspruch auf eine unselbständige Nebenleistung setzt voraus, dass der ihm zugrundeliegende Hauptanspruch besteht. Nebenleistungen in diesem Sinne sind vor allem die Zinsen, daneben aber auch beispielsweise Ansprüche auf Früchte, Nutzungen und Kosten. Wird der Hauptanspruch geltend gemacht und die Verjährungseinrede erhoben, so unterbleibt eine Prüfung, ob der Anspruch tatsächlich besteht. Ob die Begründetheit des verjährten Hauptanspruchs dennoch bei der Prüfung des Anspruchs auf eine unselbständige Nebenleistung incidenter mitgeprüft werden muss, hängt davon ab, wann Ansprüche auf unselbständige Nebenleistungen verjähren.

Hier übernimmt § 217 den geltenden § 224 mit einer nur geringen, der Anpassung an den Sprachgebrauch im Übrigen dienenden, rein sprachlichen Änderung. Das geltende Recht hat sich in der Praxis bewährt. Die Frage der Verjährung von Ansprüchen auf Ersatz von Verzugsschäden (bisheriger § 286 Abs. 1) wurde nicht ausdrücklich geregelt. Auch auf diese Fälle ist der bisherige § 224 anwendbar (vgl. BGH, NJW 1995, 252).

Der geltende § 224 bezweckt, den Verpflichteten davor zu schützen, sich zur Verteidigung gegen Ansprüche auf unselbständige Nebenleistungen zu dem verjährten Hauptanspruch einlassen zu müssen, was dem Rechtsgedanken der Verjährung zuwiderliefe (Münch-Komm/v. Feldmann, § 224 Rdn. 1). Er bestimmt, dass Ansprüche auf Nebenleistungen mit dem Hauptanspruch verjähren, auch wenn die für sie geltende besondere Verjährung noch nicht vollendet ist. Dadurch ist gewährleistet, dass Ansprüche auf Nebenleistungen spätestens mit dem Hauptanspruch verjähren.

Unterliegt ein Anspruch auf eine unselbständige Nebenleistung dagegen einer kürzeren Verjährungsfrist als der Hauptanspruch, so bleibt es bei dieser Verjährung. Dass der geltende § 224 ebenso wie der neue § 217 hieran nichts ändern will, ergibt sich daraus, dass diese Vorschrift sich ausdrücklich nur auf solche Nebenleistungen bezieht, bei denen die für sie geltende Verjährung „noch" nicht eingetreten ist.

Unterschiedlich lange Verjährungsfristen für Haupt- und Nebenanspruch können sich auch bei gleich langer Verjährung wegen Unterschieden im Fristablauf ergeben, beispielsweise durch den späteren Beginn der Verjährungsfrist oder durch eine selbständige Hemmung der Verjährung des Anspruchs auf die Nebenleistung.

Zu § 218 – Unwirksamkeit des Rücktritts

Zu Absatz 1

Zu Satz 1

Nach Absatz 1 Satz 1 ist der Rücktritt wegen nicht oder nicht vertragsgemäß erbrachter Leistung unwirksam, wenn der Anspruch auf die Leistung oder der Nacherfüllungsanspruch verjährt ist und der Schuldner sich hierauf beruft.

Voraussetzung des in § 323 RE geregelten Rücktritts ist nach § 323 Abs. 1 RE der fruchtlose Ablauf einer dem Schuldner gesetzten Frist zur Leistung oder Nacherfüllung. Kann indes der (Nach-)Erfüllungsanspruch wegen Eintritts der Verjährung nicht mehr durchgesetzt werden, so ist es gerechtfertigt, dass der Gläubiger auch nicht mehr sein Rücktrittsrecht durchsetzen kann. Die Anspruchsverjährung hat damit auch Auswirkungen auf das Rücktrittsrecht, obwohl Gestaltungsrechte als solche der Verjährung nicht unterliegen (vgl. § 194 Abs. 1 RE).

Hinsichtlich des verjährten Anspruchs ist grundsätzlich der Leistungsanspruch maßgeblich, es sei denn, dieser konkretisiert sich in einem besonderen Nacherfüllungsanspruch, dann kommt es auf dessen Verjährung an. Bedeutung hat dies etwa für den Anspruch des Käufers aus § 433 Abs. 1 Satz 2 RE, der auf die Verschaffung der Kaufsache frei von Rechts- und Sachmängeln gerichtet ist. Ist die gelieferte Sache mangelhaft, hat der Käufer nach § 437 Nr. 1 RE in Verbindung mit § 439 RE einen Nacherfüllungsanspruch, dessen Verjährung sich nach § 438 RE bestimmt. Ist der Nacherfüllungsanspruch verjährt, kann sich der Verkäufer auch hinsichtlich des Rücktrittsrechts des Käufers aus § 437 Nr. 2 RE in Verbindung mit §§ 440 und 323 RE auf den Eintritt der Verjährung berufen. Entsprechendes gilt beim Werkvertrag für das Rücktrittsrecht des Bestellers gemäß § 633 Nr. 3 RE in Verbindung mit §§ 636 und 323 RE. Auf das kauf- und werkvertragsrechtliche Minderungsrecht, das gleichfalls als Gestaltungsrecht der Verjährung nicht unterliegt, findet § 218 RE durch die Verweisung in § 441 Abs. 5 RE und § 638 Abs. 5 RE ebenfalls Anwendung.

Die Unwirksamkeit nach Absatz 1 Satz 1 setzt voraus, dass sich der Schuldner auf die Verjährung beruft. Diese Einredekonstruktion entspricht der der Verjährung, die auch nur beachtlich ist, wenn der Schuldner sich hierauf beruft. Auf zeitliche Schranken wird bewusst verzichtet. Die Konstruktion soll einen Gleichlauf zur Verjährung schaffen, die nur auf Einrede zu berücksichtigen ist. Für die Erhebung der Einrede der Verjährung gibt es auch keine bürgerlich-rechtlichen Fristen. Dann aber können sie auch nicht für die Berufung auf die Unwirksamkeit des Rücktritts (und der Minderung) gelten. Im Prozess kann sich der Schuldner – wie bei der Verjährung – noch bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung auf die Unwirksamkeit berufen.

Zu Satz 2

Nach Satz 2 bleibt § 216 Abs. 2 Satz 2 RE unberührt, so dass im Falle des Eigentumsvorbehalts der Rücktritt trotz Verjährung des gesicherten Anspruchs nicht unwirksam ist (siehe die Begründung zu § 216 Abs. 2 Satz 2).

Zu Absatz 2

Nach Absatz 2 findet § 214 Abs. 2 RE entsprechende Anwendung. Das zur Befriedigung der sich aus einem Rücktritt ergebenden Ansprüche Geleistete kann daher nicht zurückgefordert werden, auch wenn in Unkenntnis der Unwirksamkeit des Rücktritts nach Absatz 1 geleistet worden ist. Das gleiche gilt von einem vertragsmäßigen Anerkenntnis sowie einer Sicherheitsleistung des Schuldners.

§ 214 Abs. 2 RE ist in dem Fall des unwirksamen Rücktritts bedeutender als in dem Fall des verjährten Anspruchs, wo die Vorschrift im Wesentlichen nur klarstellende Funktion hat. Ein verjährter Anspruch nämlich bleibt erfüllbar, so dass die Leistung nicht ohne Rechtsgrund im Sinne von § 812 Abs. 1 erfolgt und daher die Kondiktion ausscheidet. Ist der Rücktritt unwirksam, gibt es auch keine sich aus dem Rücktritt ergebenden Ansprüche, die der Schuldner erfüllen könnte. Daher erfolgt in diesem Fall die Leistung ohne Rechtsgrund und könnte kondiziert werden, was Absatz 2 in Verbindung mit § 214 Abs. 2 RE aber gerade verhindert.

Auf das kauf- und werkvertragsrechtliche Minderungsrecht findet auch Absatz 2 durch die Verweisung in § 441 Abs. 5 RE und § 638 Abs. 5 RE Anwendung.

Zu Nummer 4 – Änderung des § 241

Zu Buchstabe a – Bildung eines Absatzes 1

Der bisherige Inhalt soll zu einem Absatz 1 werden.

Zu Buchstabe b – Anfügung eines Absatzes 2

Vorbemerkung

Die moderne Schuldrechtslehre unterscheidet zwischen Leistungs- und Schutzpflichten (oder auch weiteren Verhaltenspflichten). Davon zielen die Leistungspflichten regelmäßig auf eine Veränderung der Güterlage des Gläubigers ab. Dagegen sollen die Schutzpflichten nur die gegenwärtige Güterlage jedes an dem Schuldverhältnis Beteiligten vor Beeinträchtigungen bewahren: Dieser soll etwa vor Körperverletzungen oder Vermögensfehldispositionen geschützt werden. Hinsichtlich der Intensität gehen diese Schutzpflichten über die allgemeinen deliktischen Verhaltenspflichten hinaus. Sie verpflichten die Beteiligten zu einem gesteigerten Schutz der Rechtsgüter des jeweils anderen. Die Verletzung von Schutzpflichten erzeugt daher Ansprüche nach dem Recht der Sonderverbindung, verbunden insbesondere mit der Anwendbarkeit von § 278, d. h. einer Haftung für das Verschulden von Erfüllungsgehilfen. Diese Rechtslage wird auch von der Rechtsprechung uneingeschränkt anerkannt.

Solche Schutzpflichten begleiten regelmäßig wirksame Schuldverträge. Die Pflichtverletzung bedeutet dann nach geltendem Recht eine positive Forderungsverletzung. Inhaltlich teils gleiche Schutzpflichten können aber auch unabhängig von Leistungspflichten vorkommen.

So liegt es insbesondere beim Verschulden bei Vertragsanbahnung, bei der vertraglichen Schutzwirkung für einen Dritten und bei der Schutzwirkung eines nichtigen Vertrags.

Dabei gibt es freilich zwischen den Leistungs- und den Schutzpflichten nicht überall eine klare Grenze. So kann (etwa bei Bewachungs- oder Beratungsverträgen) der gesteigerte Schutz der Rechtsgüter des anderen Teils Inhalt einer Leistungspflicht sein, oder eine Aufklärungspflicht kann sowohl dem Leistungsinteresse als auch dem Schutzinteresse dienen. Ein Beispiel hierfür bildet die Anleitung über die richtige Bedienung einer Motorsäge: Zweck dieser Aufklärung kann sowohl das Funktionieren der Säge sein als auch Verletzungen des Benutzers (oder auch bloß das Zerstören der Säge) zu verhindern.

Das allgemeine Schuldrecht erwähnt derzeit die Schutzpflichten nicht. Insbesondere beschränkt sich der geltende § 241 ganz auf die Leistungspflichten. Nur vereinzelt werden im besonderen Schuldrecht (etwa in § 618) Schutzpflichten geregelt.

Die von der Schuldrechtskommission vorgeschlagene Kodifizierung der Schutz- und Rücksichtnahmepflichten im Vorfeld eines Vertrags und während des Vertrags ist unterschiedlich aufgenommen worden. Dies ist teilweise abgelehnt worden (Dauner-Lieb, in: Ernst/Zimmermann, S. 303 ff., 316 ff.; Huber ibid. S, 31, 36, 159; skeptisch Köndgen in: Schulze/Schulte-Nölke, S. 244 ff., 256). Teilweise ist dieser Gedanke aber aus den Gründen begrüßt worden, die die Schuldrechtskommission vorgetragen hat (Fleischer in: Schulze/Schulte-Nölke, aaO, S. 258 ff., 265 ff.; Grigoleit ibid. S. 285 ff., 293 f., 301 mit zum Teil anderen Regelungsvorstellungen). Die Kritik entzündet sich vor allem daran, dass die Regelung zur culpa in contrahendo in § 305 Abs. 2 KE wenig konturenscharf ist.

Der Entwurf hält es für angezeigt, die culpa in contrahendo und die vertraglichen Nebenpflichten im Bürgerlichen Gesetzbuch gesetzlich zu regeln. Sie gehören zum Kernbestand des deutschen Zivilrechts und müssen ihren Platz in der zentralen Kodifikation finden. Allerdings sollte die culpa in contrahendo deutlicher ausdifferenziert werden. Das geschieht in § 311 Abs. 2 und 3 RE.

Zu Absatz 2

Die oben kurz umschriebene Lehre von den Schutzpflichten hat sich allgemein durchgesetzt. Daran soll nichts geändert werden. Dieses geltende Recht soll in einer Ergänzung des § 241 in einem neuen Absatz 2 auch im Gesetzestext klargestellt werden. Dafür spricht zudem,

dass ein Sonderfall der isolierten Schutzpflichten - nämlich diejenigen aus Vertragsanbahnung - in § 311 Abs. 2 und 3 gesetzlich erwähnt werden soll.

In dem neuen Absatz 2 wird die „besondere Rücksicht“ betont, zu der das Schuldverhältnis bezogen auf die Rechte und Rechtsgüter des anderen Teils verpflichten kann. Damit wird angedeutet, dass die gemeinten Schutzpflichten nicht dem entsprechen, was schon nach allgemeinem Deliktsrecht geboten ist. Es soll insbesondere eine Abgrenzung zu den allgemeinen Verkehrs(sicherungs)pflichten angedeutet werden, die keine Sonderverbindung im Sinne eines Schuldverhältnisses schaffen, auf das z. B. § 278 anwendbar ist.

Durch die uneingeschränkte Erwähnung der „Rechtsgüter“ neben den „Rechten“ wird deutlich, dass über den insoweit begrenzten Schutzbereich von § 823 Abs. 1 hinaus auch das bloße Vermögen geschützt sein kann. Bedeutung hat das insbesondere, wenn jemand durch falsche Beratung oder in sonstiger Weise durch die Erzeugung eines unbegründeten Vertrauens zu schädlichen Vermögensdispositionen veranlasst worden ist.

Durch die Bezeichnung „jeder Teil“ oder „der andere Teil“ (statt „Gläubiger“ und „Schuldner“) wird klargestellt, dass da, wo zugleich Leistungspflichten bestehen, die für diese geltende Rollenverteilung zwischen Gläubiger und Schuldner nicht mit derjenigen bei den Schutzpflichten überein zu stimmen braucht. Insbesondere kann auch der Gläubiger einer Leistungspflicht zugleich Schuldner einer Schutzpflicht sein.

Die Bezugnahme auf „Inhalt und Natur“ des Schuldverhältnisses im Vorschlag der Schuldrechtskommission sollte bedeuten, dass die Schutzpflichten letztlich nach der konkreten Situation zu bestimmen sind. Dabei meint die Bezugnahme auf den „Inhalt“ vor allem das konkret Geregelte, ohne dass eine klare Abgrenzung möglich wäre. Der Begriff „Natur des Schuldverhältnisses“ kommt derzeit schon im Gesetz vor, nämlich etwa in § 269 Abs. 1 BGB und in § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGBG („Natur des Vertrags“). Er soll eher dasjenige bezeichnen, was unausgesprochen durch den Zweck des Schuldverhältnisses erfordert wird. Der Entwurf meint darauf verzichten können. Der Begriff „Inhalt“ des Schuldverhältnisses sagt alles, was maßgeblich ist. Allerdings sollte in Ergänzung des Vorschlags der Schuldrechtskommission nicht nur von „Rechten und Rechtsgütern“, sondern zusätzlich auch von den „Interessen“ des anderen Teils gesprochen werden, um deutlich zu machen, dass auch Vermögensinteressen sowie andere Interessen wie zum Beispiel die Entscheidungsfreiheit zu schützen sein können.

Der neue Absatz 2 verzichtet bewusst auf eine Regelung der Frage, ob das die Schutzpflichten erzeugende Schuldverhältnis in jedem Fall auf Gesetz beruht oder auch auf einem wirksamen Rechtsgeschäft beruhen kann. Das ist eine Frage der von der Rechtswissenschaft zu leistenden systematischen Einordnung. Für die Zuständigkeit nach § 29 ZPO soll keine Festlegung getroffen werden.

Zu Nummer 5 – Einfügung von § 247 – Basiszinssatz

Zu Absatz 1

Der Basiszinssatz wird seit dem Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen vom 30. März 2000 (BGBl. I S. 330) in dem bisherigen und auch neuen § 288 in Bezug genommen. Es entspricht der Struktur des Bürgerlichen Gesetzbuchs und dient der Übersichtlichkeit und Erleichterung der Rechtsanwendung, wenn im Bürgerlichen Gesetzbuch angesprochene Begriffe dort auch definiert werden. Deshalb soll § 1 des Diskontsatz-Überleitungs-Gesetzes vom 9. Juni 1998 (BGBl. I S. 1242) als § 247 in das Bürgerliche Gesetzbuch übernommen werden. Dabei soll die Basiszinssatz-Bezugsgrößen-Verordnung vom 10. Februar 1999 (BGBl. I S. 139) in die Vorschrift eingearbeitet und als selbständige Verordnung aufgehoben werden. Auf die Ermächtigung zu ihrem Erlass kann verzichtet werden. Die in dem Diskontsatz-Überleitungsgesetz vorgesehenen Ersetzungsvorschriften in § 1 Abs. 1 Satz 1 und §§ 2 und 4 sollen in das Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche als Überleitungsvorschriften eingestellt werden. § 5 des Diskontsatz-Überleitungs-Gesetzes wird damit überflüssig. Die auf Grund von § 3 erlassenen Verordnungen, die FIBOR-Überleitungs-Verordnung und die Lombardsatz-Überleitungs-Verordnung, sollen ebenfalls in diese Überleitungsvorschrift integriert werden.

In der Wissenschaft ist die Übernahme des Basiszinssatzes in das Bürgerliche Gesetzbuch kritisiert und auch eine angebliche Schlechterstellung deutscher Schuldner im europäischen Vergleich bemängelt worden (Krebs, DB Beilage 14/200 S. 6). Diese Kritik überzeugt nicht. Der Basiszinssatz ist seit dem Übergang der Währungskompetenz der Deutschen Bundesbank auf die Europäische Zentralbank die zentrale Bezugsgröße für Zinsen. Er wird deshalb auch stets neben den Zinssätzen der Europäischen Zentralbank in der Wirtschaftspresse veröffentlicht. Als Bezugsgröße lässt sich der Basiszinssatz auch nicht ohne weiteres ersetzen. Er wird in zahlreichen sehr heterogenen Vorschriften verwandt, die sehr unterschiedliche Spannen aufweisen und sämtlich geändert werden müssten, wenn der Basiszinssatz aufgegeben würde. Eine Schlechterstellung deutscher Schuldner lässt sich aus der bloßen Verwendung des Basiszinssatzes schon deshalb nicht ableiten, weil dieser in seiner Ent-

wicklung an den Hauptrefinanzierungszinssatz der Europäischen Zentralbank gekoppelt ist. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass die Zahlungsverzugsrichtlinie ausdrücklich strengere Zinssätze zulässt und diese in anderen Mitgliedstaaten auch bestehen.

Zu Satz 1

Satz 1 bestimmt als Ausgangspunkt den Prozentsatz des Basiszinssatzes, der bei Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes gilt.

Zu Satz 2

Satz 2 bestimmt den Rhythmus, in dem künftigen Zinsänderungen durch Anpassung des Basiszinssatzes Rechnung getragen werden soll. Dabei erfolgt eine Änderung gegenüber der derzeitigen Regelung des Basiszinssatzes insoweit, als nicht mehr eine drei-, sondern nur noch eine zweimalige Anpassung pro Jahr vorgenommen werden kann. Dies beruht auf Artikel 3 Abs. 1 Buchstabe d der Zahlungsverzugsrichtlinie, der bei der Bestimmung der Bezugsgröße zu § 288 Abs. 2 RE mit zu berücksichtigen ist.

Zu Satz 3

Satz 3 bestimmt die Bezugsgröße für den Basiszinssatz. Auch hier erfolgt eine Änderung gegenüber dem geltenden Recht. Der Zinssatz für die 3-Monats-Tender der Europäischen Zentralbank liegt um etwa 0,01 bis 0,05 Prozentpunkte über dem Zinssatz für die regulären 2-Wochen-Tender der Europäischen Zentralbank, auf den die Zahlungsverzugsrichtlinie abstellt. Diese minimale Abweichung wird in der Fassung des § 247 bereinigt. Das bedeutet aber nicht eine Erhöhung des Basiszinssatzes mit Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes. Lediglich die künftigen Anpassungsrhythmen werden auf die Bezugsgröße der Zahlungsverzugsrichtlinie ausgerichtet.

Zu Absatz 2

Durch Einstellung der Bekanntmachungspflicht in einen besonderen Absatz wird betont, dass der Zinssatz im Bundesanzeiger bekannt zu machen ist, was allerdings schon seit 1999 geschieht (übersehen bei Krebs aaO).

Zu Nummer 6 - Neufassung der §§ 275 und 276

Zu § 275 – Ausschluss der Leistungspflicht

Vorbemerkung

Mängel des geltenden Rechts

Nach § 241 Abs. 1 verpflichtet ein Schuldverhältnis den Schuldner, eine Leistung zu bewirken. Die Erfüllung seiner Pflicht kann für den Schuldner mit Schwierigkeiten verbunden sein, die zu der Frage führen, ob es gerechtfertigt ist, den Schuldner an der Verpflichtung festzuhalten. Dabei ergeben sich zunächst zwei Probleme:

1. Welche Erschwernisse muss der Schuldner hinnehmen, so dass er noch an seine Primärleistungspflicht gebunden bleibt? Wann wird er von dieser Pflicht befreit?

2. Wird der Schuldner von der Primärleistungspflicht ohne weiteres (ipso iure) frei oder bedarf es dazu einer Handlung des Schuldners (insbesondere der Erhebung einer Einrede)?

Ist der Schuldner von seiner Primärleistungspflicht befreit, so stellt sich die weitere Frage, ob dies ersatzlos geschieht oder ob an die Stelle der Primärleistungspflicht die Sekundärleistungspflicht tritt, dem Gläubiger Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu leisten. Schließlich kann fraglich sein, ob der Gläubiger auch von sich aus den Übergang auf eine Sekundärleistungspflicht bewirken kann, ohne dass die Voraussetzungen für eine Befreiung des Schuldners von der Primärleistungspflicht vorliegen.

Im geltenden Recht beantwortet § 275 diese Fragen unter 1. und 2: Die Primärleistungspflicht des Schuldners endet erst beim nachträglichen Eintritt von (objektiver oder subjektiver) Unmöglichkeit. Diese selbst wird damit zu einem Zentralbegriff des Rechts der Leistungsstörungen. Auch soll die Primärleistungspflicht ipso iure enden; es bedarf dazu also keiner Berufung des Schuldners auf die Unmöglichkeit. Die sich an § 275 anschließenden Vorschriften über Leistungsstörungen - ein Kernstück des Schuldrechts - beschäftigen sich zu einem Gutteil damit, unter welchen Voraussetzungen die Primärleistungspflicht in eine Sekundärleistungspflicht übergeht.

Der Hauptmangel des geltenden Rechts besteht in der Heraushebung der Unmöglichkeit (neben dem Schuldnerverzug) als eine der beiden Säulen des Rechts der Leistungsstörungen. Hierdurch ist insbesondere die von der h. M. angenommene Regelungslücke entstanden, die üblicherweise durch die im allgemeinen Schuldrecht nicht vorgesehene positive

Forderungsverletzung gefüllt wird. Die Fragwürdigkeit der zentralen Rolle der Unmöglichkeit im Bürgerlichen Gesetzbuch ist schon 1907 von Ernst Rabel hervorgehoben worden (Die Unmöglichkeit der Leistung).

Speziell der bisherige § 275 ist insofern missglückt, als er die Frage nach der Befreiung des Schuldners mit dem Vertretenmüssen verknüpft. Richtigerweise ist das Vertretenmüssen für den Fortbestand der Primärleistungspflicht ohne Bedeutung: Was der Schuldner nicht leisten kann, das schuldet er auch nicht, und zwar unabhängig von dem Grund seiner Unfähigkeit.

Man kann § 275 auch nicht in dem Sinn verstehen (und dann für richtig halten wollen), als regele er das vollständige Freiwerden des Schuldners auch von sekundären Leistungspflichten. Denn ein solches Verständnis trifft ebenfalls nicht zu: Etwa erlangte Surrogate für die primär geschuldete Leistung hat der Schuldner auch ohne Vertretenmüssen an den Gläubiger abzuführen (bisheriger § 281).

Verbesserungswürdig ist die Beschränkung des bisherigen § 275 auf die (objektive und subjektive) Unmöglichkeit. Denn diese Beschränkung bringt den wirklichen Anwendungsbereich der Entlastungsregel nur unvollständig zum Ausdruck: Das Vorliegen von echter (physischer) Unmöglichkeit ist durch die Fortschritte der Technik wesentlich eingeengt worden. So kann man heute gesunkene Schiffe auffinden und heben oder Berge versetzen.

Dass solche Maßnahmen technisch möglich sind, sagt aber noch nicht, dass sie auch geschuldet werden, wo sie eine Voraussetzung für die Leistung bilden. Vielmehr ist hierüber unter rechtlichen Gesichtspunkten durch Auslegung des Versprechens zu entscheiden: Wer bloß eine Maschine zu liefern versprochen hat, braucht zur Erfüllung dieser Lieferungspflicht regelmäßig nicht das Schiff zu heben, mit dem die Maschine versunken ist. Wer dagegen das Schiff zu heben versprochen hat, wird regelmäßig nicht durch Schwierigkeiten entlastet, die dieser Hebung entgegenstellen. Tatsächlich haben sich Praxis und Lehre über die Beschränkung des § 275 (und seiner Folgevorschriften) auf wirkliche Unmöglichkeit längst hinweggesetzt: Die Vorschrift wird auch auf die sog. faktische Unmöglichkeit angewendet; eine weitere Ausdehnung auf die sog. wirtschaftliche Unmöglichkeit oder das Überschreiten der Opfergrenze ist umstritten. Andere ähnliche Entlastungsgründe, etwa wegen einer Unzumutbarkeit aus Gewissensgründen oder wegen Mängeln der Geschäftsgrundlage, haben sich bei § 242 angesiedelt.

Fraglich ist weiter die Beschränkung des § 275 auf die nachträgliche Unmöglichkeit. Denn auch eine Leistung, der schon anfänglich ein unüberwindliches Hindernis entgegensteht,

braucht der Schuldner nicht zu erbringen. Das geltende Recht erklärt freilich den auf eine anfänglich objektiv unmögliche Leistung gerichteten Vertrag für nichtig, § 306; das bedeutet zugleich eine Befreiung des Schuldners von seiner Leistungspflicht. Aber wenn - wie geplant - diese Vorschrift gestrichen wird, muss die Befreiung des Schuldners von schon anfänglich unmöglichen Primärleistungspflichten in § 275 geregelt werden. Die Erweiterung der Vorschrift sollte dann aber nicht - wie derzeit § 306 - auf die anfängliche Unmöglichkeit beschränkt bleiben. Ob die Leistung noch einem Dritten möglich ist, kann sinnvollerweise nicht darüber entscheiden, ob gerade der Schuldner sie erbringen muss: Dessen Befreiung sollte vielmehr nur davon abhängen, ob er selbst die Leistung zu erbringen vermag.

Lösungsansatz der Schuldrechtskommission

Die Unmöglichkeit sollte nach dem Vorschlag der Schuldrechtskommission ihre zentrale Position im Recht der Leistungsstörungen verlieren. Stattdessen sollte als Oberbegriff, der alle Arten der Leistungsstörungen umfasst, der Begriff der „Pflichtverletzung“ eingeführt werden (vgl. § 280 KE = RE). Zugleich war die Schuldrechtskommission der Ansicht, dass es auch in Zukunft einer Grenze für die Primärleistungspflicht des Schuldners bedürfe. Die Regelung dieser Grenze sah sie - in Anlehnung an die gewohnte Reihenfolge der Paragraphen - in § 275 KE vor. Dabei stellte die Schuldrechtskommission aber nicht auf die Unmöglichkeit ab. Vielmehr sollte das Schuldverhältnis maßgeblich sein: Dieses müsse die Anstrengungen bestimmen, die der Schuldner zur Erbringung der Leistung zu unternehmen habe. Als Maßstab hierfür sollte wiederum - wie schon in § 241 Abs. 2 Satz 1 KE - „Inhalt und Natur des Schuldverhältnisses“ dienen. Die als Maßstab auch vorstellbare Unzumutbarkeit sollte aber nach den Vorschlägen der Schuldrechtskommission über die Beachtlichkeit einer Störung der Geschäftsgrundlage (§ 307 KE = § 313 RE) und über ein Recht zur Kündigung aus wichtigem Grund bei Dauerschuldverhältnissen (§ 308 KE = § 314 RE) entscheiden.

Modell des Entwurfs

Der Ausschluss des primären Leistungsanspruchs nach § 275 Abs. 1 RE

Die Unmöglichkeit sollte nach § 275 Satz 1 KE nicht mehr wie nach dem geltenden § 275 zu einer Leistungsbefreiung kraft Gesetzes führen, sondern eine Einrede begründen. Außerdem sollte die Unmöglichkeit nicht mehr besonders erwähnt werden, um den neuen einheitlichen Pflichtverletzungstatbestand auch sprachlich zu betonen. Der Entwurf folgt der Schuldrechtskommission in ihrer Einschätzung, dass die im Bürgerlichen Gesetzbuch sehr stark betonte Unmöglichkeit im Laufe der Jahre ihre anfangs vorhandene praktische Bedeutung verloren hat. Die heute typischen Leistungsstörungen sind der Verzug und die Schlechterfüllung, de-

nen das Bürgerliche Gesetzbuch keineswegs die ihrer praktischen Bedeutung entsprechende Aufmerksamkeit widmet. Die Unmöglichkeit spielt in der Rechtswirklichkeit heute eine völlig untergeordnete Rolle, der die im Entwurf vorgeschlagene Neuordnung des Leistungsstörungsrechts auch durchweg Rechnung trägt.

Im Gegensatz zur Schuldrechtskommission hält es der Entwurf aber nicht für zweckmäßig, die Unmöglichkeit auch dort nicht gewissermaßen namentlich anzusprechen, wo dies sachlich angebracht ist. Dies erscheint im Gegenteil vielmehr notwendig, um die Sachaussagen des Gesetzes verständlich zu machen. Deshalb soll die Unmöglichkeit im § 275 RE angesprochen werden. Dort geht es um die Befreiung von der Primärleistung wegen ihrer Unmöglichkeit. Anders als die Schuldrechtskommission hält der Entwurf es auch für richtig, im Fall der physischen Unmöglichkeit eine Leistungsbefreiung kraft Gesetzes anzuordnen, wie dies auch im geltenden § 275 der Fall ist, von dem sich § 275 RE aber im Übrigen grundlegend unterscheidet.

Gleichstellung von objektiver und subjektiver Unmöglichkeit

Wie der geltende § 275 und der von der Schuldrechtskommission vorgeschlagene § 275 KE stellt § 275 RE objektive und subjektive Unmöglichkeit gleich. Dies wird dadurch deutlich, dass § 275 Abs. 1 RE davon spricht, dass die Leistung „für den Schuldner oder für jedermann unmöglich ist“. § 275 Abs. 1 RE ist daher z. B. auch dann anwendbar, wenn die geschuldete Sache einem Dritten gehört, der zu ihrer Veräußerung nicht bereit ist, oder wenn sie gestohlen und die Suche nach dem Dieb aussichtslos ist.

Gleichstellung von nachträglicher und anfänglicher Unmöglichkeit

Anders als der geltende § 275 gilt § 275 Abs. 1 RE nicht nur für die nachträgliche, sondern auch für die anfängliche (objektive oder subjektive) Unmöglichkeit. Dies wird dadurch zum Ausdruck gebracht, dass § 275 Abs. 1 RE davon spricht, dass die Leistung unmöglich „ist“. Demgegenüber heißt es im geltenden § 275 Abs. 1, dass die Leistung unmöglich „wird“. Diese Gleichstellung war auch einer der wesentlichen Änderungsvorschläge der Schuldrechtskommission.

Gleichstellung von nicht zu vertretender und zu vertretender Unmöglichkeit

Im Gegensatz zum Wortlaut der bisherigen §§ 275, 280, aber im Einklang mit der Interpretation dieser Vorschriften durch die herrschende Lehre (BGHZ 68, 377; 97, 181; NJW 1999, 2034; RGZ 160, 263; Staudinger/Löwisch, § 275 Rdn. 56; MünchKomm/Emmerich, § 275

Rdn. 109; Palandt/Heinrichs, § 275 Rdn. 24; a. M. Jakobs, Unmöglichkeit und Nichterfüllung, S. 230 ff.; Ulrich Huber, Festschrift für Gaul 1997 S. 238; ders., Leistungsstörungen, Bd. I, S. 120) unterscheidet § 275 Abs. 1 RE nicht zwischen nicht zu vertretender und zu vertretender Unmöglichkeit. Das entspricht auch dem Vorschlag der Schuldrechtskommission und ist als sachgerecht begrüßt worden (Canaris in: Schulze/Schulte-Nölke, S. 42 ff., 54). Denn auch dann, wenn der Schuldner die Unmöglichkeit zu vertreten hat – z. B. weil er die verkaufte Sache vor deren Übereignung fahrlässig zerstört hat – ist es sinnlos, dem Gläubiger einen Anspruch zu geben, den der Schuldner nicht erfüllen kann und der sich demgemäss nicht einmal theoretisch im Wege der Zwangsvollstreckung durchsetzen ließe.

Dass zweifelhaft und streitig sein kann, ob Unmöglichkeit vorliegt (Wilhelm/Deeg, JZ 2001, 225 f.), ändert daran nichts. Dies ist ein reines Beweislastproblem, das nach den für diese geltenden allgemeinen Regeln zu lösen ist. Es stattdessen dadurch bewältigen zu wollen, dass man dem Schuldner zusätzlich zu dem Beweis der Unmöglichkeit hier auch noch den Beweis fehlenden Vertretenmüssens auferlegt, vermengt zu Unrecht eine Frage, die ihren Platz im Rahmen der Schadensersatzproblematik hat, mit der Frage nach dem Bestand der primären Leistungspflicht des Schuldners. Zwar mag man versuchen, die Unterscheidung zwischen nicht zu vertretender und zu vertretender Unmöglichkeit in den bisherigen §§ 275 und 280 de lege lata mit Überlegungen über Beweisschwierigkeiten zu legitimieren, weil diese Unterscheidung sich nun einmal aus dem derzeitigen Text des Gesetzes zu ergeben scheint, doch gibt das keine Veranlassung, die Unterscheidung nun auch noch de lege ferenda als ein generelles Abgrenzungskriterium aufrechtzuerhalten.

Einbeziehung der teilweisen und der zeitweiligen Unmöglichkeit

Wie der geltende § 275 erfasst auch § 275 Abs. 1 RE die Teilunmöglichkeit. Das entspricht der derzeitigen Fassung von § 275 und bedarf daher keiner weiteren Erläuterung. Erfasst wird auch die zeitweilige Unmöglichkeit. Solange diese andauert, ist somit eine Klage auf Erfüllung als derzeit unbegründet abzuweisen (mit einer entsprechend eingeschränkten Rechtskraftwirkung), sofern nicht eine Klage auf zukünftige Leistung erhoben und gemäß § 259 ZPO ausnahmsweise zulässig ist (RGZ 168, 321, 325 f.). Umgekehrt ergibt sich aus dem Wort „solange“ zugleich, dass die Klage von dem Augenblick an begründet ist, in dem das Leistungshindernis wegfällt. Wird also z. B. die Blockade, welche die Lieferung der geschuldeten Ware unmöglich macht, aufgehoben oder taucht die verkaufte Sache, die dem Schuldner gestohlen worden war, wieder auf, hat der Schuldner diese grundsätzlich, d. h. vorbehaltlich der zu erörternden Einschränkungen, an den Gläubiger zu leisten. Dies gilt allerdings nur für den wieder möglich gewordenen Teil der Leistung. Eine vorübergehende Unmöglichkeit kann aber auch dazu führen, dass Teile der Leistung nicht nur vorübergehend

unmöglich sind, sondern ganz unmöglich werden. In diesem Fall kann die Leistungspflicht für die (endgültig) unmöglich gewordenen Teile der Leistung nicht mehr aufleben. Ein Beispiel wäre ein Arbeitnehmer, der vorübergehend an der Arbeitserbringung gehindert ist; er muss die verstrichene Zeit nicht nacharbeiten.

Es ist erwogen worden, die Frage der vorübergehenden Unmöglichkeit der Klärung durch die Rechtsprechung zu überlassen. Die Ergebnisse sind aber sachgerecht. Warum sollte z. B. der Erbe eines Kunstwerks, der zu dessen Übereignung an einen Vermächtnisnehmer verpflichtet ist, oder ein Händler, der ein solches verkauft hat, dieses behalten dürfen, wenn er es nach einem Diebstahl wieder zurückerlangt? Diese Fälle sind im geltenden Recht nicht geregelt und führen deshalb zu unklaren Ergebnissen (vgl. MünchKomm/Emmerich, § 275 Rdn. 51 bis 54). Es erscheint deshalb geboten, sie eindeutig gesetzlich zu regeln.

Dogmatisch bedeutet die Einbeziehung der zeitweiligen Unmöglichkeit in § 275 Abs. 1 RE, dass der Anspruch auf Erfüllung dem Grunde nach fortbesteht, aber zwischenzeitlich durch eine Einwendung gehemmt ist. Der Gläubiger gerät durch diese Lösung nicht in eine unzumutbare Schwebesituation. Nach § 326 Abs. 1 Satz 1 RE entfällt nämlich auch seine Leistungspflicht, solange die Unmöglichkeit andauert und der Schuldner daher nach § 275 Abs. 1 RE nicht zu leisten braucht; eine etwa schon erbrachte Leistung kann der Gläubiger nach § 326 Abs. 4 RE zurückverlangen. Wird die Leistung des Schuldners wieder möglich, aktualisiert sich auch die Gegenleistungspflicht des Gläubigers, da dann die Voraussetzungen des § 326 Abs. 1 RE nicht mehr erfüllt sind und die daraus folgende hemmende Einwendung somit endet. Will der Gläubiger einem solchen Wiederaufleben seiner Leistungspflicht vorbeugen, so kann er grundsätzlich gemäß § 326 Abs. 1 Satz 2 RE zurücktreten. Außerdem kann er nach §§ 280, 283 RE Schadensersatz statt der Leistung verlangen, sofern dem Schuldner der Entlastungsbeweis hinsichtlich des Vertretenmüssens misslingt. Schließlich bleibt ebenso wie nach der derzeit geltenden Rechtslage auch die Lösung, die zeitweilige Unmöglichkeit unter bestimmten Voraussetzungen als dauernde Unmöglichkeit zu qualifizieren mit der Folge, dass der Gläubiger von seiner Pflicht zur Gegenleistung nach § 326 RE endgültig frei wird. Auf diesem Wege kann auch den legitimen Interessen des Schuldners, dem der Entwurf keine Möglichkeit eröffnet, die Schwebelage von sich aus zu beenden, Rechnung getragen werden.

Vergleich mit den Europäischen Vertragsrechtsprinzipien

Die Principles of European Contract Law und die Principles of International Commercial Contracts enthalten in Art. 9:102 Abs. 2 lit. a bzw. Art. 7.2.2 lit. a ausdrücklich die Kategorie der Unmöglichkeit als Grund für die Befreiung von der primären Leistungspflicht.

Nach lit. b der genannten Artikel entfällt die primäre Leistungspflicht ferner dann, wenn deren Erfüllung dem Schuldner „unreasonable effort or expense“ verursachen würde bzw. für ihn „unreasonably burdensome or expensive“ wäre. Diese Regelungen stellen zwar funktionell eine Parallele zu § 275 Abs. 2 RE dar, bilden aber im Übrigen in jeder Hinsicht ein negatives Gegenbeispiel: Das Verhältnismäßigkeitsprinzip wird nicht einmal andeutungsweise angesprochen, geschweige denn, dass der maßgebliche Bezugspunkt – das Gläubigerinteresse – oder der Grad des Missverhältnisses benannt würde. Dennoch ist eine ähnliche Problematik wie in § 275 Abs. 2 RE gemeint, wie die Beispiele in den „Comments“ belegen: Das Heben einer gesunkenen Yacht durch deren Verkäufer, wenn die Kosten hierfür vierzig mal so hoch wie ihr Wert wären (Lando/Beale, aaO, S. 396), bzw. eines gesunkenen Öltankers durch dessen Eigentümer, wenn die Kosten hierfür den Wert des Öls weit übersteigen (UNIDROIT aaO, S. 174).

Zu Absatz 1

Nach Absatz 1 ist der Anspruch auf die Leistung ausgeschlossen, wenn die Leistung dem Schuldner oder jedermann unmöglich ist. Unmöglich meint, wie sich aus Absatz 2 ergibt, nur die objektive oder subjektive „wirkliche“ Unmöglichkeit, nicht dagegen die faktische Unmöglichkeit, die Regelungsgegenstand des § 275 Abs. 2 RE ist. Eine Leistung ist in diesem Sinne objektiv unmöglich, wenn sie von niemandem erbracht werden kann. Dies kann auf Grund von tatsächlichen Umständen der Fall sein. Möglich ist aber auch die rechtliche Unmöglichkeit, etwa bei einem Arbeitsverbot (BAG, NJW 1995, 1774, 1775). Ist die Durchführbarkeit der Leistung theoretisch, aber nur mit einem völlig unverhältnismäßigen Aufwand möglich, liegt kein Fall des Absatzes 1, sondern ein Fall des Absatzes 2 vor. Entsprechendes gilt für das Unvermögen. Dem Schuldner ist die Leistung nur unmöglich, wenn er die Leistung auch durch Beschaffung oder Wiederbeschaffung nicht erbringen kann. Ist er nicht leistungsfähig, könnte er seine Leistungsfähigkeit aber durch Wiederbeschaffung wiederherstellen, liegt kein Unvermögen vor (vgl. BGH, NJW 1988, 699, 700). Ist dem Schuldner die Wiederbeschaffung der Leistung zwar theoretisch möglich, aber nur mit völlig indiskutablem Aufwand, liegt kein Fall des Absatzes 1, sondern ein Fall des Absatzes 2 vor. Der Unterschied liegt lediglich darin, dass der Schuldner im ersten Fall kraft Gesetzes von der Leistung befreit ist, im zweiten dagegen eine Einrede erheben muss. Weitere Unterschiede ergeben sich nicht.

Zu Absatz 2

Der Regelung von § 275 Abs. 1 RE, die als Einwendung ausgestaltet ist, wird in Absatz 2 ein Leistungsverweigerungsrecht, das seiner Rechtsnatur nach eine bloße Einrede darstellt, an die Seite gestellt.

Zu Satz 1

Tatbestandlich und funktionell werden mit Absatz 2 zwei unterschiedliche Fallgruppen erfasst. Zunächst bezieht sich die Vorschrift auf die sogenannte faktische oder auch praktische Unmöglichkeit. Mit diesem Begriff bezeichnet man Fälle, in denen die Behebung des Leistungshindernisses zwar theoretisch möglich wäre, die aber kein vernünftiger Gläubiger ernsthaft erwarten kann. Das immer wieder zitierte Schulbeispiel ist der geschuldete Ring auf dem Grund des Sees (Beispiel nach Heck, Grundriss des Schuldrechts, § 28).

Nicht erfasst werden von Absatz 2 Satz 1 dagegen die Fälle der sogenannten „wirtschaftlichen“ oder „sittlichen“ Unmöglichkeit oder der „Unerschwinglichkeit“ im Sinne der bloßen Leistungserschwerung für den Schuldner. Diese Fallgruppen sind im geltenden Recht nicht gesetzlich geregelt und nach den Grundsätzen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage (vgl. jetzt § 313 RE) zu behandeln. Das ist zwar nicht immer so gesehen worden (anders z. B. RGZ 100, 129; 100, 134; 101, 74; 101, 79), aber seit den zwanziger Jahren herrschende Meinung (RGZ 103, 3; 168, 65, 73; MünchKomm/Emmerich, § 275 Rdn. 33; Palandt/Heinrichs, § 275 Rdn. 12; U. Huber, Leistungsstörungen, Bd. I, 1999, § 3 III 4 S. 118). Daran ändert Absatz 2 Satz 1 nichts. Dies folgt daraus, dass Absatz 2 Satz 1 allein auf das Leistungsinteresse des Gläubigers abstellt und die eigenen Interessen des Schuldners, um deren Berücksichtigung es in diesen Fällen typischerweise geht, nicht in den Blick nimmt. Das ist auch nicht Zweck des § 275 Abs. 2 Satz 1 RE, der das Entfallen der Primärleistungspflicht zum Gegenstand hat. Dies ist vielmehr Gegenstand des § 313 RE über den Wegfall der Geschäftsgrundlage. Auch Fälle der Leistungsverweigerung aus Gewissensgründen lassen sich nicht mit § 275 Abs. 2 Satz 1 RE, sondern nur über § 313 RE oder über die Anwendung von Treu und Glauben lösen.

Nach Absatz 2 Satz 1 darf der Schuldner die Primärleistung verweigern, wenn deren Erbringung einen unverhältnismäßigen Aufwand verlangt. Mit Aufwand werden sowohl Aufwendungen in Geld als auch Tätigkeiten und ähnliche persönliche Anstrengungen erfasst. Dies folgt daraus, dass Absatz 2 Satz 3, der für den Fall des Vertretenmüssens eine Verschärfung des Maßstabs bestimmt, bewusst, um gerade dies deutlich zu machen, von „Anstrengungen“ spricht. Der Aufwand ist allein an dem Leistungsinteresse des Gläubigers zu messen, nicht am Verhältnis dieses Aufwands zu den eigenen Interessen des Schuldners, also etwa zu

dem Vertragspreis oder eben auch zu persönlichen Belangen wie Gewissensbedenken, familiären Belastungen usw.. Die eigenen Interessen des Schuldners bleiben allerdings, vorbehaltlich des Absatzes 2 Satz 2, nicht immer völlig unberücksichtigt. Sie können vielmehr, wie dargelegt, nach anderen Vorschriften, insbesondere nach § 313 RE, zu berücksichtigen sein.

Die Regelung des § 275 Abs. 2 Satz 1 RE findet eine gewisse Parallele in den Vorschriften der geltenden §§ 251 Abs. 2, 633 Abs. 2 Satz 3, 651c Abs. 2 Satz 2. Diese Vorschriften stellen Ausprägungen eines allgemeinen Rechtsgedankens dar (BGHZ 62, 388, 393 f.; NJW 1988, 699, 700), den § 275 Abs. 2 Satz 1 RE hier zur Geltung bringt. Von den genannten Vorschriften unterscheidet sich § 275 Abs. 2 Satz 1 RE indes dadurch, dass er die beiden Kriterien bezeichnet, die bei jeder Verhältnismäßigkeitsprüfung von ausschlaggebender Bedeutung sind: Die Bezugsgröße zum ersten, die hier im Interesse des Gläubigers an der Leistung besteht, und den Grad des Missverhältnisses zum zweiten, das „grob“ sein muss. Dass es auf das Gläubigerinteresse ankommt, entspricht auch der Rechtsprechung des BGH und der herrschenden Lehre (BGH NJW 1995, 1836 f.; NJW 1996, 3269 f.; NJW-RR 1997, 1450, 1451; Lange, Schadensersatz, 2. Aufl. 1990, § 5 VII 1; MünchKomm/Grunsky, § 251 Rdn. 15). Das Missverhältnis muss also ein besonders krasses, nach Treu und Glauben untragbares Ausmaß erreichen. Das legitimiert sich vor allem daraus, dass der Gläubiger bei vom Schuldner nicht zu vertretender Unmöglichkeit seinen Anspruch ersatzlos verliert. Demgegenüber muss er im Falle des § 251 Abs. 2 grundsätzlich, d. h. abgesehen von den Fällen des § 253, lediglich hinnehmen, dass er statt Naturalersatz eine – den Wertverlust voll ausgleichende – Entschädigung in Geld erhält. In den Fällen des bisherigen § 633 Abs. 2 Satz 3 verliert er nur den Anspruch auf Beseitigung des Mangels, nicht aber die Ansprüche auf Wandelung und Minderung nach dem bisherigen § 634, mit deren Hilfe er sein finanzielles Interesse an einer ordnungsgemäßen Vertragserfüllung regelmäßig im wesentlichen wahren kann. Bei vom Schuldner zu vertretender Unmöglichkeit erhält der Gläubiger zwar einen Anspruch auf Schadensersatz nach §§ 280, 283 RE, doch wäre es paradox, wenn er deshalb leichter von seinem Primäranspruch auf Erfüllung befreit würde.

Zu Satz 2

Absatz 2 Satz 2 trifft eine Sonderregelung für den Fall einer Leistung, die in der Person des Schuldners zu erbringen ist. Dies betrifft vor allem Arbeits- und Dienstverträge. Hierzu können aber auch Werkverträge oder Geschäftsbesorgungsverträge gehören. In diesen Fällen sollen nicht nur objektive, sondern auch auf die Leistung bezogenene persönliche Umstände des Schuldners berücksichtigt werden und zur Unmöglichkeit führen können. Dies ist geboten, weil die Leistung selbst auf die Person des Schuldners ausgerichtet ist. Solche Umstän-

de sind also, anders als in den Fällen des Absatz 2 Satz 1, nicht nur unter dem Gesichtspunkt des Wegfalls der Geschäftsgrundlage zu berücksichtigen, sondern schon unter dem Gesichtspunkt eines Wegfalls der Primärleistungspflicht nach § 275 RE.

Schulbeispiel ist der Fall der Sängerin, die sich weigert aufzutreten, weil ihr Kind lebensgefährlich erkrankt ist. In diesem Fall geht es um die Rücksichtnahme auf das Schuldnerinteresse, das in Absatz 2 Satz 2 in bewusster Abgrenzung zu Absatz 1 Satz 1 und zu § 313 RE gerade auch maßgeblich sein soll. In diesem Fall liegt kein Wegfall der Geschäftsgrundlage, sondern Unmöglichkeit vor (für diesen Fall auch: MünchKomm/Emmerich, § 275 Rdn. 39). Ebenfalls nach Absatz 2 Satz 2 zu lösen ist schließlich auch der Fall des Arbeitnehmers, der seine Arbeit nicht verrichten möchte, weil er in der Türkei zum Wehrdienst einberufen ist und bei Nichtbefolgung des Einberufungsbefehls mit der Todesstrafe rechnen muss. Das BAG hat diesen Fall „analog § 323 BGB" behandelt und der subjektiven Unmöglichkeit „gleichgestellt" (NJW 1983, 2782, 2784). Nach Absatz 2 Satz 2 ist das weiterhin möglich, weil es hier um die Berücksichtigung des Schuldnerinteresses bei einer in der Person des Schuldners zu erbringenden Leistung geht. Genauso liegt es in anderen Fällen, in denen dem Schuldner die Leistungspflicht unter Beachtung des Leistungsinteresses des Gläubigers nicht zugemutet werden kann. Beispiele sind während der Arbeitszeit notwendige Arztbesuche, notwendige Versorgung schwerwiegend erkrankter Angehöriger, Ladung zu Behörden und Gerichtsterminen.

Zu Satz 3

Absatz 2 Satz 3 bestimmt, dass bei der Konkretisierung des Missverhältnisses zu berücksichtigen ist, ob der Schuldner das Leistungshindernis zu vertreten hat. Daraus folgt, dass von ihm erhöhte Anstrengungen zu dessen Überwindung zu erwarten sind, wenn er es zu vertreten hat. Hat der Schuldner also z. B. auf Grund eines schuldhaften Irrtums oder gar in Kenntnis der Rechtslage den Vertragsgegenstand an einen Dritten übereignet, so muss er diesem für dessen Rückerwerb in aller Regel wesentlich mehr als den Marktpreis bieten, um in den Genuss der Befreiung von seiner primären Leistungspflicht zu gelangen. Ähnlich liegt es im geltenden Recht bei der Auslegung von § 633 Abs. 2 Satz 3 (BGH, NJW 1995, 1836, 1837; 1996, 3269, 3270) und zu dem von dem BGH aus den §§ 251 Abs. 2, 633 Abs. 2 Satz 3 entwickelten allgemeinen Rechtsgedanken (NJW 1988, 699, 700; vgl. auch BGHZ 62, 388, 393 f.).

Den Umkehrschluss, dass der Schuldner überhaupt keine Anstrengungen zur Überwindung des Leistungshindernisses zu unternehmen braucht, wenn er dieses *nicht* zu vertreten hat –

wie das von manchen Autoren für den geltenden § 275 postuliert wird (z. B. U. Huber, Leistungsstörungen Bd. I, § 3 I 6 S. 74, 75) - erlaubt § 275 Abs. 2 Satz 3 RE dagegen nicht. Vielmehr ist diese Frage, wie es in der Vorschrift heißt, nach dem Inhalt des Schuldverhältnisses zu beantworten. So muss der Schuldner sich in dem erwähnten Beispiel auch dann, wenn ihn kein Verschulden trifft, immerhin bemühen, den Vertragsgegenstand von dem Dritten zurückzuerwerben, und diesem zumindest den Marktpreis, u. U. aber auch einen darüber liegenden Preis bieten. Denn auch wenn er sich in einem unverschuldeten Irrtum befunden und daher die verkehrserforderliche Sorgfalt nicht außer Acht gelassen hat, hat er doch objektiv seine Pflicht aus dem Schuldverhältnis nicht erfüllt, so dass das Leistungshindernis auf einem in seiner Sphäre liegenden Mangel beruht. Indes sind die Bemühungen und Aufwendungen, die von ihm zu erwarten sind, grundsätzlich geringer, als wenn er das Leistungshindernis zu vertreten hat, so dass die Unterscheidung jedenfalls sinnvoll ist.

Die Grundsätze gelten sowohl in den Fälle des Absatzes 2 Satz 1 als auch in den Fällen des Absatzes 2 Satz 2.

Zu Absatz 3

§ 275 RE bestimmt in beiden Varianten, also sowohl bei der Befreiung kraft Gesetzes nach Absatz 1 als auch bei der Einrede nach Absatz 2, nur die Folge der Unmöglichkeit für die Primärleistung. Dies kann und soll aber nicht bedeuten, dass der Fortfall der Primärleistungspflicht die einzige Rechtsfolge ist. Wenn der Umstand, der zur Leistungsbefreiung führt, vom Schuldner zu vertreten ist, so ist dieser zum Schadensersatz verpflichtet. Dies regeln die §§ 280, 283 bis 285 und 311a RE. Auf diesen Zusammenhang weist Absatz 3 zur Klarstellung hin, ohne dies aber selbst unmittelbar zu regeln.

Zu § 276 – Verantwortlichkeit für eigenes Verschulden

Vorbemerkung

Das Vertretenmüssen ist ein zentraler Begriff des Leistungsstörungsrechts. Bewirkt der Schuldner die geschuldete Leistung nicht oder verletzt er sonst eine vertragliche Pflicht, so kommen Rechte des Gläubigers in Betracht, die den Schuldner erheblich belasten können. Dies gilt insbesondere für den Übergang von der Primärleistungspflicht auf eine Sekundärleistungspflicht; vor allem eine Pflicht zum Ersatz des Nichterfüllungsschadens kann weit schwerer wiegen als die Primärleistungspflicht. Ähnliche Belastungen können sich aus einer Pflicht zum Ersatz von Verzögerungsschäden und aus einer Haftungsverschärfung ergeben,

wie sie bisher in den §§ 276, 287 geregelt sind. Auch Schadensersatzansprüche wegen Schutzpflichtverletzungen können den Schuldner erheblich belasten. Daher liegt es nahe, diese Rechtsfolgen an eine besondere Verantwortlichkeit des Schuldners zu knüpfen, nämlich an das Vertretenmüssen.

Der bisherige § 276 Abs. 1 Satz 1 sieht unter dem Vorbehalt einer abweichenden Bestimmung vor, dass der Schuldner Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten hat. Die Vorschrift drückt mit dieser Einschränkung das Verschuldensprinzip aus. Die übrigen Teile des § 276 ergänzen dieses Prinzip in Einzelheiten; Ausnahmen finden sich erst in anderen Vorschriften. Diese übrigen Teile des bisherigen § 276 sollen unverändert bleiben. Ergänzungen werden mit dem Entwurf lediglich in § 276 Abs. 1 Satz 1 vorgesehen.

Derzeit stehen sich für die Vertragshaftung zwei Systeme gegenüber (vgl. Zweigert/Kötz, S. 484 ff., 501 ff.): Das angloamerikanische Recht geht von einer Garantiehaftung des Versprechenden aus, so dass es auf dessen Verschulden prinzipiell nicht ankommt; doch können bestimmte Leistungshindernisse als außerhalb dieser Garantie liegend angenommen werden. Dagegen legen die kontinentalen Rechte - unter ihnen auch das Bürgerliche Gesetzbuch - regelmäßig das Verschuldensprinzip zugrunde; ausnahmsweise lassen sie aber eine verschuldensunabhängige Garantiehaftung eintreten. Insbesondere das Einheitliche Kaufgesetz (EKG) ging in Art. 74 vom angloamerikanischen System einer durch Verschuldenselemente gemilderten Garantiehaftung aus. Gleiches gilt jetzt für Art. 79 des UN-Kaufrechts. Auch die Principles of European Contract Law gehen in 9.501 (1) von einer „obligation de résultat“ aus (Lando in: Grundmann/Medicus/Rolland, S. 61 ff., 74 f.). Im Ergebnis bleiben die beiden Systeme freilich nicht weit voneinander entfernt (Zweigert/Kötz aaO S. 510 f.; Schlechtriem/Stoll, Art. 79 Rdn. 9).

Zu Absatz 1

Zu Satz 1

Der Entwurf behält das bewährte Verschuldensprinzip des bisherigen § 276 bei. Die vorgenommenen Änderungen beziehen sich allein auf eine ausführlichere Formulierung der Abweichungen, die in dem bisherigen Wortlaut nur durch den Halbsatz „sofern nicht ein anderes bestimmt ist“ angedeutet werden. Neben der „anderen Bestimmung" soll auch „der sonstige Inhalt des Schuldverhältnisses" einen anderen Haftungsmaßstab ergeben können. Damit soll der Rechtsanwender außer auf „Bestimmungen" (durch Gesetz oder Rechtsgeschäft) auch auf andere Umstände hingewiesen werden, die im Einzelfall für einen abweichenden Haftungsmaßstab sprechen können. Erwähnt wird weiter die „Natur der Schuld“.

Durch „insbesondere“ ergänzt werden zwei Fallgruppen, in denen ein sich aus dem Schuldverhältnis ergebender abweichender Haftungsmaßstab eine Rolle spielen kann.

Zunächst ist die Übernahme einer Garantie angesprochen. Gedacht ist dabei etwa an die Eigenschaftszusicherungen bei Kauf, Miete, Werkvertrag und ähnlichen sich auf eine Sache beziehenden Verträgen. Insbesondere im Kaufrecht soll die Eigenschaftszusicherung künftig keine eigenständige Bedeutung mehr haben. Der bisherige § 463 Satz 1 soll als überflüssig und womöglich sogar irreführend gestrichen werden. Inhaltlich bedeutet die Zusicherung einer Eigenschaft die Übernahme einer Garantie für das Vorhandensein dieser Eigenschaft verbunden mit dem Versprechen, für alle Folgen ihres Fehlens (ohne weiteres Verschulden) einzustehen. Eine auf die Übernahme einer Garantie abstellende Formulierung enthalten deshalb jetzt auch die §§ 442 Abs. 1 und 444 RE. Dass der Schadensersatzanspruch des Käufers wegen der Lieferung einer mangelhaften Sache durch den Verkäufer jetzt gemäß § 437 Nr. 3 in Verbindung mit § 280 RE stets von einem Vertretenmüssen des Verkäufers abhängig ist, bedeutet aber nicht, dass der Zusicherung von Eigenschaften künftig keine Bedeutung mehr zukäme. Vielmehr wird nur die den Schadensersatzanspruch – neben dem Fall der Arglist – auf diesen Fall beschränkende Vorschrift des § 463 aufgegeben und die Haftung des Verkäufers nach allgemeinem Leistungsstörungsrecht vorgesehen. Damit stellt sich die Frage nach Zusicherungen nur an anderer Stelle, nämlich bei dem Vertretenmüssen des Schuldners (Verkäufers). Im Rahmen von § 276 Abs. 1 Satz 1 RE wird also künftig auch für das Kaufrecht zu prüfen sein, ob der Schuldner eine Garantie übernommen hat, also zum Beispiel ob ein Verkäufer das Vorhandensein bestimmter Eigenschaften der von ihm verkauften Sache zugesichert hat. Mit dem Entwurf ist also im Kaufrecht keineswegs die Haftung für zugesicherte Eigenschaften abgeschafft, sondern nur an anderer, besser passender Stelle geregelt.

Die zweite in § 276 Abs. 1 Satz 1 besonders herausgehobene Fallgruppe ist die Übernahme eines Beschaffungsrisikos. Das hängt zusammen mit der Aufhebung des bisherigen § 279. Wegen der näheren Gründe für die Aufhebung kann auf die Erläuterung zu dieser Vorschrift Bezug genommen werden. Sie betrifft derzeit den Fall der Gattungsschuld, also einen der Fälle, in denen der Schuldner regelmäßig die Beschaffung des versprochenen Leistungsgegenstandes verspricht. Die nun vorgesehene Ergänzung in § 276 Abs. 1 Satz 1 RE verallgemeinert dies auf andere Beschaffungsrisiken und macht gleichzeitig deutlich, worauf es im Einzelfall nur ankommen kann, nämlich auf den Inhalt einer entsprechenden vertraglichen Vereinbarung.

Aufgegeben wird auch die (schon im geltenden Recht in § 279 zu enge) Bezugnahme auf das Unvermögen; das Vertretenmüssen bei Übernahme eines Beschaffungsrisikos erfasst deshalb auch Verzögerungen bei der Beschaffung. Im Übrigen führt dies aber nicht schlechthin zu einer Garantiehaftung des Schuldners, sondern nur zu einer Haftung für die Überwindung von Beschaffungshindernissen.

Schließlich erwähnt § 276 Abs. 1 Satz 1 RE noch die „Natur der Schuld“, aus der sich ein anderer Haftungsmaßstab ergeben kann. Gedacht ist hier in erster Linie an die Geldschuld. Damit soll der allgemein anerkannte Grundsatz angesprochen werden, dass der Schuldner für seine finanzielle Leistungsfähigkeit einzustehen hat.

Zu Satz 2

Satz 2 entspricht dem bisherigen § 276 Abs. 1 Satz 2.

Zu den Absätzen 2 und 3

Absatz 2 entspricht dem bisherigen § 276 Abs. 1 Satz 2. Die Fahrlässigkeitsdefinition soll in einem eigenen Absatz verselbständigt werden. Absatz 3 entspricht dem bisherigen § 276 Absatz 2.

Zu Nummer 7 – Änderung des § 278 Satz 2

Es handelt sich um eine redaktionelle Anpassung an die Umstellungen innerhalb des § 276 RE, auf den die Vorschrift verweist.

Zu Nummer 8 – Aufhebung des § 279

§ 276 RE geht vom Verschuldensprinzip aus. Damit stellt sich die Frage, ob man Fallgruppen für eine ausnahmsweise geltende verschuldensunabhängige Haftung nicht bloß allgemein andeuten, sondern konkret umschreiben kann. Im geltenden Recht stellt § 279 einen solchen Versuch dar: Der Gattungsschuldner soll ein bloß subjektives Unvermögen verschuldensunabhängig zu vertreten haben. Diese Fassung des § 279 wird heute allgemein kritisiert. Maßgeblich für diese Kritik sind vor allem zwei Gründe:

Einerseits geht die in dem derzeitigen § 279 angeordnete verschuldensunabhängige Haftung zu weit. Das hat sich schon früh an zwei Entscheidungen des Reichsgerichts gezeigt: RGZ

57, 116 (das gattungsmäßig geschuldete Baumwollsaatenmehl Marke „Eichenlaub“ verschwindet von dem zur Beschaffung vorgesehenen Markt, bleibt aber anderswo erhältlich) und RGZ 99, 1 (die Lieferung der verkauften ostgalizischen Eier wird durch den Einmarsch russischer Truppen verhindert). Hier kann eine Haftungsbefreiung richtigerweise nicht erst bei objektiver Unmöglichkeit durch den völligen Untergang der Gattung eintreten.

Andererseits ist der Ansatz bei der Gattungsschuld zwar historisch erklärbar, aber sachlich grundsätzlich verfehlt: Denn richtigerweise ist nicht beim Gattungscharakter der Schuld anzusetzen, sondern bei der vom Schuldner übernommenen Beschaffungspflicht: Der Schuldner garantiert bei marktbezogenen Geschäften seine Fähigkeit zur Überwindung der typischen Beschaffungshindernisse.

Angesichts dieses Befundes entscheidet sich der Entwurf für eine Streichung des bisherigen § 279. Der dieser Bestimmung zugrundeliegende Gedanke einer Haftung für Beschaffungsrisiken wird in verallgemeinerter Form in § 276 Abs. 1 Satz 1 RE aufgegriffen, wie soeben zu § 276 erläutert. Der bisherige § 279 wird damit überflüssig. Er muss auch nicht deshalb beibehalten werden, weil aus ihm die Garantiehaftung des Geldschuldners folgen würde. Der Grundsatz, dass der Schuldner für seine finanzielle Leistungsfähigkeit einzustehen hat, ist auch unabhängig von der insoweit problematischen Reichweite des § 279 allgemein anerkannt (Palandt/Heinrichs, § 279 Rdn. 4) und wird jetzt in § 276 Abs. 1 Satz 1 RE durch die Bezugnahme auf die Natur der Schuld angesprochen.

Zu Nummer 9 – Neufassung der §§ 280 bis 288

Vorbemerkung

Mängel des geltenden Rechts

Bewirkt der Schuldner eine geschuldete Leistung nicht oder verletzt er sonst eine Pflicht aus dem Schuldverhältnis, so können an die Stelle eines gestörten Primärleistungsanspruchs oder neben diesen Schadensersatzansprüche treten. Die Regelungsaufgabe besteht darin zu bestimmen, unter welchen Voraussetzungen dies geschehen soll.

Die derzeitigen §§ 275 bis 292 unterscheiden zwei Arten der Leistungsstörung: die den primären Erfüllungsanspruch aufhebende Unmöglichkeit und die ihn zunächst bestehen lassende Leistungsverzögerung. Ein beide Arten umfassender Oberbegriff kommt im allgemeinen Schuldrecht nicht vor. Schon bald nach dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs

hat sich jedoch die Meinung gebildet, manche Leistungsstörungen ließen sich weder als Unmöglichkeit noch als Leistungsverzögerung erfassen: Es liefert etwa der Schuldner das verkaufte Viehfutter zwar rechtzeitig, doch ist dieses giftig; oder eine geschuldete Bilanz wird zwar sogar vorzeitig aufgestellt, doch ist sie unrichtig; in beiden Fällen entsteht dem Gläubiger durch die Verwendung der mangelhaften Schuldnerleistung Schaden an seinem Vermögen außerhalb des Leistungsgegenstandes. Für solche Fälle hat sich als dritte Art der Leistungsstörung die positive Forderungsverletzung (oder auch: positive Vertragsverletzung) in der Rechtsprechung vollständig und in der Literatur weitgehend durchgesetzt. Sie kann inzwischen als gewohnheitsrechtlich anerkannt gelten. Infolge dieser Lückenfüllung durch Gewohnheitsrecht könnte man das Problem für sachlich erledigt halten. Nötig wäre dann lediglich eine Vervollständigung des Bürgerlichen Gesetzbuchs durch Aufnahme des ohnehin Anerkannten, also etwa durch die Einführung eines dritten Tatbestandes der Leistungsstörung.

Dem ist zunächst schon entgegenzuhalten, dass dann Unmöglichkeit und Verzug als weitere Leistungsstörungstatbestände erhalten bleiben und von dem dritten Tatbestand der Leistungsstörung abgegrenzt werden müssen. Doch liegt das Problem im Blick auf das besondere Schuldrecht noch komplizierter. Denn dort sind an vielen wichtigen Stellen (etwa in den derzeit geltenden §§ 463, 480 Abs. 2, 538 Abs. 1, 635) Schadensersatzansprüche geregelt, die in den Anwendungsbereich der positiven Forderungsverletzung zumindest hineinragen. Einige dieser Ansprüche sind vom Tatbestand her oder durch eine kurze Verjährung beschränkt. Daher wird hier fraglich, ob mit dem speziell geregelten Anspruch noch der allgemeinere aus positiver Forderungsverletzung konkurriert und ob für diesen etwa die gleichen Beschränkungen gelten. Wird (wie derzeit bei den §§ 635, 638) die zweite Frage verneint, so erlangt die Abgrenzung zwischen dem (beschränkten) speziellen Anspruch und dem unbeschränkten Anspruch aus positiver Forderungsverletzung Bedeutung. Das hat zu erheblichen Unterscheidungsschwierigkeiten geführt, deren Lösung mit den Begriffspaaren „unmittelbar" und „mittelbar" oder „Mangelschaden" und „Mangelfolgeschaden" versucht worden ist. Die hieraus entstandenen vielfachen Unsicherheiten zu beseitigen, ist eines der wesentlichen Ziele der Schuldrechtsmodernisierung. Dieses soll nicht bloß durch eine Vereinheitlichung der Verjährungsfristen erreicht werden, sondern schon durch eine Neuordnung der Normen über die Anspruchsbegründung.

Reformdiskussion

Huber hatte seinerzeit in seinem Gutachten (dort S. 699 ff.) vorgeschlagen, den Begriff der Nichterfüllung als „Grundkategorie des Leistungsstörungsrechts" einzuführen. Er lehnte sich

damit an die – freilich nicht einheitliche – Terminologie des EKG an: Das EKG spricht teils von Forderungsverletzung (z. B. Art. 10, 83, 86) und teils von Nichterfüllung einer Pflicht (z. B. Art. 74, 75). Ähnliches gilt für das UN-Kaufrecht (vgl. etwa Art. 45, 48, 49 Abs. 1 Buchstabe a, 61, 64 Abs. 1 Buchstabe a). Als Grundlage hatte Huber seinerzeit (Gutachten S. 671 ff.) folgenden § 275 Abs. 1 vorgeschlagen:

> „Erfüllt der Schuldner seine Verbindlichkeit nicht, insbesondere indem er die geschuldete Leistung nicht zur bestimmten Zeit oder nicht in der nach dem Inhalt des Schuldverhältnisses geschuldeten Art und Weise bewirkt oder indem er einer Unterlassungspflicht zuwiderhandelt (Nichterfüllung), so kann der Gläubiger Erfüllung und Ersatz des ihm entstandenen Schadens verlangen.“

Die weiteren Absätze dieser Vorschrift enthalten dann die übrigen Rechte des Schuldners sowie das Erfordernis des Vertretenmüssens. Andere Vorschriften des Vorschlages von Huber (§§ 280, 281 a, 287, 288) betreffen Einzelheiten der Ersatzleistung. Diese Vorschläge lehnen sich weithin an das EKG an. Terminologische Abweichungen beruhen vor allem darauf, dass das EKG nur den Kauf betrifft und nicht auch einseitige Schuldverhältnisse.

In ihren Vorschlägen zur Überarbeitung des Schuldrechts hatte sich die Schuldrechtskommission in der Sache Huber angeschlossen und die Schaffung eines einheitlichen alle Leistungsstörungen umfassenden Schadensersatztatbestandes vorgeschlagen. Er findet seinen Platz allerdings nicht an dem Standort des bisherigen § 275, sondern an dem Standort des bisherigen § 280. Der von der Schuldrechtskommission vorgesehene § 280 Abs. 1 Satz 1 knüpft allerdings auf der objektiven Tatbestandsebene nicht – wie der von Huber vorgeschlagene § 275 Abs. 1 – an die Nichterfüllung, sondern an die Verletzung einer „Pflicht aus dem Schuldverhältnis“ an. Hierin liegt kein Unterschied in der Sache, sondern ein Unterschied in der Terminologie. Der Begriff Nichterfüllung ist nämlich durch das Bürgerliche Gesetzbuch in einem anderen engeren Sinne besetzt. Das Bürgerliche Gesetzbuch spricht von Nichterfüllung nur, wenn die Leistung ganz oder teilweise auf Dauer ausbleibt. Kommt die Leistung zu spät, spricht das Bürgerliche Gesetzbuch von Verzug. Ein qualitatives Zurückbleiben der Leistung hinter dem Pflichtenprogramm des Schuldverhältnisses wird im Bürgerlichen Gesetzbuch allgemein nicht geregelt und auch nicht als Nichterfüllung begriffen. Wegen dieser andersartigen engeren Begrifflichkeit befürchtete die Schuldrechtskommission Missverständnisse und Anwendungsirrtümer bei Verwendung des Merkmals der „Nichterfüllung“.

Sie hat sich deshalb zur Verwendung eines neutraleren Begriffs entschieden. Gewählt wurde der von Diederichsen (AcP 182, 1982, 101, 117 ff.) entwickelte Begriff der Pflichtverletzung.

Er knüpft an den auch in der deutschen Rechtssprache sehr geläufigen Begriff der Vertragsverletzung an, überträgt diese aber auf die Systematik des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Dieses beschreibt das allgemeine Leistungsstörungsrecht für einseitige und mehrseitige Schuldverhältnisse in gleicher Weise, so dass dort nicht von Vertragsverletzung, sondern nur von der Verletzung von Pflichten aus einem Schuldverhältnis gesprochen werden kann.

Kritik an dem Begriff der „Pflichtverletzung"

Die Pflichtverletzungsterminologie war schon in der Schuldrechtskommission nicht unumstritten. Sie hat auch in der Folgezeit nicht nur Zustimmung, sondern auch Kritik erfahren. Die Kritik hat zwei völlig unterschiedliche Zielrichtungen: Ein Teil der Kritik wendet sich gegen die sprachliche Konnotation des Begriffs Pflichtverletzung. Ein anderer Teil wendet sich gegen das mit dem Begriff Pflichtverletzung verfolgte inhaltliche Ziel.

Mit dem Begriff Pflichtverletzung beschreibt die Schuldrechtskommission das gleiche wie Huber im Vorschlag aus seinem Gutachten (S. 699 ff., § 275 Abs. 1 E) mit dem Begriff Nichterfüllung. In beiden Fällen ist Voraussetzung für eine Schadensersatzhaftung des Schuldners, dass er hinter dem Pflichtenprogramm des Schuldverhältnisses zurückgeblieben ist (Schlechtriem, IHR 2001, 12 ff., 16; Anders, ZIP 2001, 184, 185; vgl. auch Huber in: Ernst/Zimmermann, S. 31 ff., 103 ff.). In beiden Fällen ist gleichgültig, ob die Leistung ganz oder teilweise auf Dauer ausbleibt oder in zeitlicher oder qualitativer Hinsicht Defizite aufweist. Pflichtverletzung und Nichterfüllung umfassen auch die Verletzung von Schutz- und anderen Nebenpflichten. Dieser rein objektive Inhalt des Tatbestandes der Pflichtverletzung erschließt sich vielen Rechtsanwendern nicht, weil sie vor allem mit dem Wortteil „Verletzung" des Begriffs Pflichtverletzung unwillkürlich einen Verschuldensvorwurf verbinden, der damit aber nicht angesprochen wird. Es wird deshalb gelegentlich vorgeschlagen, zu dem von Huber gewählten Begriff der Nichterfüllung zurückzukehren, der diese Assoziation nicht weckt. Dies hätte allerdings den Nachteil, dass damit der Verzug, die Schlechtleistung und die Verletzung von Nebenpflichten auch sprachlich nur schwer als Nichterfüllung qualifiziert werden können, da zumindest Teile der Leistung in vielen Fällen doch erbracht werden.

Neben dieser eher semantischen Kritik gibt es auch Kritik am Inhalt, die sich in der Sache auch gegen den damaligen Vorschlag von Huber richtet. Mit beiden Vorschlägen wird nämlich das gleiche sachliche Ziel verfolgt. Es besteht darin, die drei verschiedenen Leistungsstörungstypen der Unmöglichkeit, des Verzugs und der Schlechterfüllung zu Gunsten eines einheitlichen Haftungs- und Rücktrittstatbestandes zu vereinheitlichen. Hiergegen wird nicht nur eingewandt, dass diese drei Typen der Leistungsstörungen im Bewusstsein der Rechts-

anwender fest verankert seien. Diese würden auch als „Archetypen“ verstanden, die der Gesetzgeber vorfinde und nicht gewissermaßen „wegregeln“ könne.

Lösungsansatz des Entwurfs

Der Entwurf folgt dem Ansatz der Schuldrechtskommission und schlägt die Schaffung eines einheitlichen Haftungstatbestandes vor. Der Entwurf verkennt dabei nicht, dass Unmöglichkeit, Verzug und Schlechterfüllung die typischen Erscheinungsformen einer Verletzung des Schuldverhältnisses beschreiben. Zu berücksichtigen ist aber auch, dass diese drei Erscheinungsformen nicht unversöhnlich nebeneinander stehen. Sie haben vielmehr große Gemeinsamkeiten und vor allem auch fließende Übergänge. Die Gemeinsamkeit besteht darin, dass der Schuldner in den drei genannten Hauptfallgruppen, aber auch sonst bei einer Leistungsstörung mit seinem Leistungsergebnis hinter den Anforderungen zurückbleibt, die das Schuldverhältnis stellt. Dies bietet den Ansatzpunkt für ein in sich geschlossenes lückenloses Leistungsstörungsrecht, das auch die Potentiale für eine Vereinfachung nutzt (Anders, ZIP 2001, 18485; Krebs, DB Beilage 14/2000 S. 10).

Dies haben die Schöpfer des EKG und des UN-Kaufrechts erkannt. Sie sind deshalb in beiden Regelwerken nicht von den Erscheinungsformen der Leistungsstörungen ausgegangen, sondern von ihrer gemeinsamen Basis: dem Zurückbleiben der erbrachten Leistung hinter dem geschuldeten Soll des Vertrags oder sonstigen Schuldverhältnisses (Schlechtriem, wie vor; Schlechtriem/U. Huber, Art. 45 Rdn. 2). Dieser Anknüpfungspunkt gibt auch die Möglichkeit, das Leistungsstörungsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs an die gewandelten Realitäten anzupassen. Bei dessen Schaffung stand die Unmöglichkeit der Leistung im Vordergrund des Interesses; die Regelungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs sind insbesondere auf diese Leistungsstörung zugeschnitten. Dies entspricht schon lange nicht mehr den tatsächlichen Gegebenheiten. Die Unmöglichkeit ist ein Randfall der Leistungsstörungen geworden. Die heute typischen und vor allem regelungsbedürftigen Fälle der Leistungsstörungen sind der Verzug und die Schlechterfüllung, die im Bürgerlichen Gesetzbuch keinen Platz gefunden hat. Eine den Erfordernissen der Praxis gerecht werdende Neuordnung des Leistungsstörungsrechts muss deshalb gerade auf diese Leistungsstörungstatbestände zugeschnitten werden. Dafür bietet ein einheitlicher Haftungstatbestand die besseren Möglichkeiten.

Bei der Beschreibung des objektiven Tatbestandes der einheitlichen Haftungsregelung folgt der Entwurf im Ergebnis der Schuldrechtskommission und der dort gewählten Pflichtverletzungsterminologie. Es ist allerdings erwogen worden, dies aufzugeben und stattdessen zu der von Huber vorgeschlagenen Nichterfüllungsbegrifflichkeit überzugehen. Anlass für diese

Überlegung war der bereits erwähnte Umstand, dass der Begriff Pflichtverletzung sehr leicht einer Assoziation zu einem Verschuldenserfordernis weckt.

Ausschlaggebend für die grundsätzliche Entscheidung für die Pflichtverletzungsterminologie waren allerdings zwei Umstände. Zum einen ist – wie bereits erwähnt – der Begriff der Nichterfüllung im bürgerlichen Recht sprachlich in einem anderen als dem hier erforderlichen Sinne besetzt. Das Bürgerliche Gesetzbuch verwendet die Nichterfüllung zur Bezeichnung des ganzen oder teilweisen Ausbleibens der Leistung. Dementsprechend bildet der bei Nichterfüllung geschuldete Schadensersatz „wegen Nichterfüllung" das Surrogat der zur Erfüllung führenden Leistung. So beziehen sich etwa auch die §§ 362 ff. auf die „Erfüllung" von Leistungspflichten. Gerade die Schlechterfüllung ließe sich deshalb mit einem an die Nichterfüllung anknüpfenden allgemeinen Leistungsstörungstatbestand kaum angemessen erfassen, insbesondere soweit die positive Forderungsverletzung auch die Verletzung von Nebenpflichten betrifft, die nicht leistungsbezogen sein können.

Zum anderen nimmt der Begriff Pflichtverletzung die inhaltlichen Anlässe für die Neuordnung besser auf. Der eine Anlass hierfür ist der Umstand, dass das Leistungsstörungsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs die wichtigste Leistungsstörungsform gar nicht regelt, für die sich in Deutschland die Bezeichnung positive Vertragsverletzung oder positive Forderungsverletzung eingebürgert hat. Dieser Begriff entspricht – und das ist der zweite inhaltliche Gesichtspunkt – auch dem Begriff der Vertragsverletzung („breach of contract"), die international als die eigentliche Grundlage der Haftung des Schuldners angesehen wird.

Der Entwurf folgt der Schuldrechtskommission aber sowohl in der inhaltlichen Ausgestaltung der Regelungen als auch in der Terminologie nicht uneingeschränkt. Die Schuldrechtskommission hatte den Ansatz, dem der Entwurf folgt, in zwei Haftungstatbeständen (§§ 280, 283 KE) und einem einheitlichen Rücktrittstatbestand (§ 323 KE) zusammengefasst. Diese Regelungstechnik führt zwar zu einem sehr dichten, aber hoch abstrakten Text. Es ist zu erwarten, dass sich vor allem beim Schadensersatz statt der Leistung einzelne Fallgruppen herausbilden werden, die im Großen und Ganzen den bisher bekannten Arten der Leistungsstörungen entsprechen. Es erscheint deshalb angezeigt, bei den Anforderungen für den Schadensersatz statt der Leistung stärker zu differenzieren und Regelungen vorzusehen, die dem Rechtsanwender die Anforderungen fallgruppenspezifisch und konkreter deutlich machen.

Struktur der Schadensersatzregelungen

Die Schadensersatzregelungen des Entwurfs bauen – insoweit in Übereinstimmung mit dem Vorschlag der Schuldrechtskommission – auf einem einheitlichen Haftungstatbestand auf. Er wird in § 280 Abs. 1 RE geregelt und ist neben § 311a Abs. 2 RE die einzige Anspruchsgrundlage für den Anspruch auf Schadensersatz. § 280 RE greift unmittelbar und allein ein, wenn es um die Haftung auf einfachen Schadensersatz wegen der Verletzung einer Pflicht aus dem Schuldverhältnis geht. Hiervon gibt es zwei Gruppen von Ausnahmen. In beiden Fallgruppen müssen zusätzliche Anforderungen vorliegen, die in den §§ 281 bis 286 geregelt werden.

Die eine dieser Fallgruppen ist der Verzögerungsschaden. Grundlage für den Verzögerungsschaden ist § 280 RE. Für den Verzögerungsschaden müssen aber zusätzlich die Voraussetzungen des Verzugs gemäß § 286 RE vorliegen, was § 280 Abs. 2 RE ausdrücklich bestimmt.

Die zweite Fallgruppe betrifft den Schadensersatz **statt der Leistung**. Dieser kann gemäß § 280 Abs. 3 RE nur verlangt werden, wenn zusätzliche Voraussetzungen vorliegen, die nach den typischen Leistungsstörungen unterschiedlich gestaltet sind. Bei Verzug und Schlechtleistung müssen die Anforderungen des § 281 RE erfüllt werden. Tatbestandlicher Anknüpfungspunkt ist gemäß § 281 Abs. 1 Satz 1 RE, dass die geschuldete Leistung nicht oder nicht wie geschuldet erbracht wird. Da hiermit die Erfüllung von Leistungspflichten angesprochen ist, die dem Schuldverhältnis nicht entspricht, muss vor Geltendmachung eines den Leistungsanspruch ersetzenden Schadensersatzanspruchs der Schuldner eine weitere Gelegenheit zur Erfüllung erhalten. Wesentliche Voraussetzung ist deshalb gemäß § 281 Abs. 1 Satz 1 RE der erfolglose Ablauf einer dem Schuldner zur Leistung gesetzten Nachfrist.

Bei Unmöglichkeit müssen die Voraussetzungen des § 283 RE erfüllt sein. Eine Fristsetzung ist hier von vornherein sinnlos, da die Leistung nicht nachholbar ist. Dasselbe gilt für den Schadensersatz statt der Leistung wegen Verletzung einer sonstigen Pflicht, worunter in Abgrenzung zu § 281 Abs. 1 Satz 1 RE nur die nicht leistungsbezogenen Nebenpflichten zu verstehen sind. Auch hier macht die Fristsetzung grundsätzlich keinen Sinn, weil kein Leistungsanspruch zu erfüllen ist. Es müssen aber die zusätzlichen Voraussetzungen des § 282 RE gegeben sein.

Zu § 280 – Schadensersatz wegen Pflichtverletzung

Zu Absatz 1

§ 280 Abs. 1 RE soll künftig – von § 311a Abs. 2 RE als Sonderregel für die anfängliche Unmöglichkeit abgesehen – die einzige Anspruchsgrundlage für Schadensersatz auf Grund eines Vertrags oder eines anderen Schuldverhältnisses sein. Er löst damit die bisherigen Vorschriften der §§ 280 und 286 ab und stellt auch in Verbindung mit den §§ 281 bis 283 RE die Anspruchsgrundlage für die sich bisher aus den §§ 325, 326 sowie den in der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen über die Haftung aus culpa in contrahendo oder positiver Forderungsverletzung dar. Hiermit greift § 280 einen der zentralen Grundgedanken des UN-Kaufrechts und der modernen Vertragsrechtsprinzipien auf, die ebenfalls auf einem zentralen Haftungstatbestand aufbauen (Schlechtriem, IHR 2001, S. 12 ff., 16; Lando in: Grundmann/Medicus/Rolland, S. 61 ff., 70 f.).

Zu Satz 1

Nach Absatz 1 Satz 1 kann der Gläubiger von dem Schuldner Schadensersatz verlangen, wenn dieser eine Pflicht aus dem Schuldverhältnis verletzt hat. Mit Schuldverhältnis meint die Vorschrift in erster Linie Verträge, es sind aber auch andere Schuldverhältnisse angesprochen. Einbezogen ist auch die culpa in contrahendo; insoweit folgt aus § 311 Abs. 2 und 3 RE, dass auch die mit diesem Rechtsinstitut erfassten vorvertraglichen Pflichten solche aus einem Schuldverhältnis sind. § 280 Abs. 1 Satz 1 RE erfasst darüber hinaus auch einseitige Schuldverhältnisse, wie den Anspruch aus einem Vermächtnis. Schließlich gehören auch gesetzliche Schuldverhältnisse zum Anwendungsbereich des § 280 Abs. 1 Satz 1 RE.

§ 280 Abs. 1 Satz 1 RE spricht jegliche Art der Verletzung von Pflichten aus einem Schuldverhältnis an. Mit Pflichtverletzung meint die Vorschrift nur ein objektiv nicht dem Schuldverhältnis entsprechendes Verhalten des Schuldners, nicht die Frage, ob der Schuldner diese Verhalten auch zu vertreten hat. Dies wird erst im Rahmen von Satz 2 bedeutsam. Die Trennung von Pflichtverletzung und Vertretenmüssen läßt sich gut an den klassischen Tatbeständen der Unmöglichkeit und des Verzugs verdeutlichen: Die „Pflichtverletzung“ im Sinne von § 280 Abs. 1 Satz 1 RE besteht hier ganz einfach darin, dass die geschuldete Leistung nicht bzw. nicht pünktlich erbracht wird; die Verletzung der verkehrserforderlichen Sorgfalt liegt demgegenüber darin, dass der Schuldner z. B. den Vertragsgegenstand unsorgfältig behandelt und so die Unmöglichkeit herbeigeführt hat, oder etwa darin, dass er die geschuldete Ware nicht frühzeitig genug auf den Weg gebracht hat, obgleich mit einem Eisenbahnerstreik oder dgl. zu rechnen war.

Zu den Pflichten, um deren Verletzung es in Satz 1 geht, gehören auch die Fälle der bisher sog. positiven Forderungsverletzung. Der Schuldner verletzt deshalb eine derartige Pflicht, wenn er die geschuldete Leistung nicht, verzögert oder schlecht erbringt. Er verletzt seine Pflichten auch, wenn er Schutz- und Obhutspflichten verletzt, vgl. § 241 Abs. 2 RE. Entsteht dem Gläubiger hieraus ein Schaden, so ist er ihm nach Absatz 1 Satz 1 zu ersetzen.

Pflicht aus einem Schuldverhältnis umfasst sowohl die (echten) vertraglichen Nebenpflichten, die der Erfüllung des spezifisch vertraglichen Leistungsinteresses des Gläubigers dienen, als auch die (bloßen) Schutzpflichten, die die Bewahrung seiner sonstigen Rechte und Güter vor Schäden zum Ziel haben. Bei den Nebenpflichten bereitet das Pflichtverletzungskonzept keine Schwierigkeiten. Wird z. B. die notwendige Bedienungsanleitung für eine Maschine nicht ausgehändigt, so liegt in dem Unterbleiben der Aushändigung, die sich ja geradezu als unvollständige oder mangelhafte Erfüllung der Hauptleistungspflicht qualifizieren läßt, die Pflichtverletzung nach Satz 1. Der Schuldner kann nach Satz 2 unter Beweis stellen, dass er dieses nicht zu vertreten hat – z. B. weil alle Bedienungsanleitungen durch eine ihm nicht zuzurechnende Brandkatastrophe vernichtet worden sind und ein Nachdruck bis zum Fälligkeitstermin nicht möglich war.

Bei der Verletzung von Schutzpflichtverletzungen im Sinne von § 241 Abs. 2 RE muss demgegenüber positiv festgestellt werden, worin die Pflichtverletzung an sich besteht. Die Beweislast dafür trägt der Gläubiger ist, weil es sich um den Tatbestand der Pflichtverletzung handelt. Dem Gläubiger kommen hier allerdings unter dem Gesichtspunkt der Sphärentheorie (Palandt/Heinrichs, § 282 Rdn. 8 ff.) Beweiserleichterungen zugute. Ohne die Darlegung und ggf. den Nachweis des Tatbestandes der Pflichtverletzung kann sich der Gläubiger aber auf die Vermutung des Vertretenmüssens in Satz 2 nicht berufen.

Von diesem Ansatz aus ist auch das von Löwisch bei der Tagung der Vereinigung der deutschen Zivilrechtslehrer am 30./31. März 2001 in Berlin in die Diskussion gebrachte Beispiel der sogenannten Mankohaftung des Arbeitnehmers zu lösen. Es geht dabei um Fälle, in denen der Arbeitnehmer nicht den Besitz an dem Kassen- oder Warenbestand hat, sondern nur Besitzdiener ist. Dann haftet er nach Ansicht des BAG für einen Fehlbestand nicht aus § 667 in Verbindung mit dem geltenden § 280, so dass die Beweislastumkehrung des geltenden § 282 insoweit nicht zum Zuge kommt (AP Nr. 2 zu § 611 BGB Mankohaftung). Folglich bleibt allenfalls ein Anspruch aus Schutzpflichtverletzung mit der Begründung, der Arbeitnehmer habe Geld oder Gut des Arbeitgebers nicht mit hinreichender Sorgfalt vor einer Minderung bewahrt. Für dessen Voraussetzungen trägt jedoch grundsätzlich der Arbeitgeber die Darlegungs- und Beweislast, wie das BAG entschieden hat (AP Nr. 3 zu § 611 Mankohaf-

tung). Daran ändert sich nichts. Nach § 280 Abs. 1 Satz 1 RE muss der Arbeitgeber zunächst darlegen und ggf. beweisen, dass der Arbeitnehmer seine Pflichten aus dem Arbeitsvertrag verletzt hat.

Zu Satz 2

An die Person des Schuldners anknüpfende Voraussetzung für eine Schadensersatzpflicht soll das Vertretenmüssen sein, wie Satz 2 bestimmt. Die strenge Folge der Schadensersatzpflicht soll nur denjenigen Schuldner treffen, der für die Pflichtverletzung im Sinne der §§ 276 bis 278 verantwortlich ist. Dabei soll der Schuldner behaupten und beweisen müssen, dass er die Verletzung nicht zu vertreten hat; das ergibt sich aus der Fassung des Satzes 2. Diese Verteilung der Behauptungs- und Beweislast entspricht den geltenden §§ 282, 285. Danach trifft den Schuldner die Beweislast dafür, dass die Unmöglichkeit bzw. der Verzug nicht Folge eines von ihm zu vertretenden Umstandes ist. Der bisherige § 282 ist von der Rechtsprechung auf eine Vielzahl weiterer Fälle von Leistungsstörungen entsprechend angewandt worden. Dies greift der Entwurf auf, indem er durch die Formulierung des § 280 RE im allgemeinen Haftungstatbestand bereits eine für alle Leistungsstörungen geltende Beweislastregelung schafft. Dies macht die bisherigen §§ 282 und 285 entbehrlich, wenn auch für den Verzug in § 286 Abs. 4 RE die Verantwortlichkeit des Schuldners nochmals erwähnt werden muss, weil an den Schuldnerverzug neben dem Schadensersatzanspruch auch andere Rechtsfolgen angeknüpft werden (z. B. Pflicht zur Zahlung von Verzugszinsen, § 288 RE), die ein Vertretenmüssen des Schuldners nicht gesondert vorsehen.

Zu Absatz 2

Einer Pflichtverletzung, die nach Absatz 1 Satz 1 zum Schadensersatz verpflichtet, liegt auch vor, wenn der Schuldner in zeitlicher Hinsicht hinter den Pflichten aus dem Schuldverhältnis zurückbleibt. Bei dieser Form der Leistungsstörung ist aber eine Präzisierung notwendig. Denn nicht jede Verzögerung der Leistung rechtfertigt es, den Schuldner für den daraus entstehenden Schaden haften zu lassen. Deshalb bestimmt Absatz 2, dass der Verzögerungsschaden nach § 280 Abs. 1 RE nur zu ersetzen ist, wenn die zusätzlichen Voraussetzungen des § 286 RE über den Schuldnerverzug gegeben sind.

Zu Absatz 3

Nach Absatz 1 Satz 1 erhält der Gläubiger bei einer Pflichtverletzung durch den Schuldner grundsätzlich seinen gesamten Schaden ersetzt. Dazu würde auch der Schaden gehören,

der im Bürgerlichen Gesetzbuch Schadensersatz wegen Nichterfüllung genannt wird. Dabei geht es um die Situation, dass der Anspruch auf Schadensersatz an die Stelle des Anspruchs auf die Leistung tritt. So sprechen im geltenden Recht die §§ 280 und 286 in dem für alle Schuldverhältnisse geltenden Teil des allgemeinen Leistungsstörungsrecht davon, dass die Leistung bzw. der noch mögliche Teil „abgelehnt“ werden kann. Ebenso besteht dann, wenn nach dem bisherigen § 326 oder § 325 Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangt werden kann, ein Anspruch auf die Leistung nicht mehr, der Schadensersatzanspruch tritt an seine Stelle. Da in diesen Fällen der Vertrag nicht mehr so, wie ursprünglich vereinbart, durchgeführt wird, müssen für diese Form des Schadensersatzanspruchs zusätzliche Voraussetzungen aufgestellt werden, die in den §§ 281 bis 283 RE enthalten sind. Diese Form des Schadensersatzanspruchs soll nicht mehr wie im Bürgerlichen Gesetzbuch Schadensersatz wegen Nichterfüllung genannt werden. Denn dieser Schadensersatzanspruch tritt nicht an die Stelle der Erfüllung, sondern an die Stelle der primär geschuldeten Leistung, die nicht mehr verlangt werden kann; vielmehr bedeutet auch die Leistung von Schadensersatz Erfüllung (nämlich der auf Schadensersatz gerichteten Verbindlichkeit).

Bei der Definition der zusätzlichen Voraussetzungen für den Schadensersatz statt der Leistung unterscheidet sich der Entwurf in struktureller Hinsicht von den Vorschlägen der Schuldrechtskommission. Während diese die Anforderungen für den Schadensersatz statt der Leistung in einer einzigen Norm, nämlich § 283 KE zusammengefasst hatte, schlägt der Entwurf hier drei verschiedene Normen vor, die die Voraussetzungen für die typischen Formen der Leistungsstörung regeln. Der praktisch wichtigste Fall des Verzugs und der Schlechterfüllung wird in § 281 RE vorangestellt. Ihm folgen § 282 für Schadensersatz statt der Leistung wegen der Verletzung einer sonstigen (Neben-) Pflicht sowie entsprechend der untergeordneten praktischen Bedeutung § 283 für den Fall der Unmöglichkeit der Leistung.

Vorbemerkung zu den §§ 281 bis 283

Der Übergang vom Anspruch auf die Primärleistung zu einem diese Leistung ersetzenden Schadensersatzanspruch kann einem dringenden Interesse des Gläubigers entsprechen:

Häufig wird dieser sich die ausgebliebene Primärleistung anderswo besorgen müssen; auch lässt sich ein auf Geld gerichteter Schadensersatzanspruch regelmäßig leichter vollstrecken als der Anspruch auf eine bestimmte Primärleistung. Andererseits aber kann der Übergang zum Schadensersatzanspruch den Schuldner schwer belasten: Dieser mag schon erhebliche Anstrengungen gemacht haben, um den Gegenstand seiner Primärleistungspflicht herzustellen oder zu beschaffen; solche Anstrengungen können nutzlos werden. Zudem kann der

Schadensersatzanspruch lästiger sein als der Anspruch auf die Primärleistung. Daher muss der Übergang auf den Schadensersatzanspruch an besondere Voraussetzungen geknüpft werden.

Detailprobleme ergeben sich zusätzlich, wenn der Schuldner schon eine Teilleistung erbracht hat: Soll der Gläubiger dann nur wegen des Restes Schadensersatz verlangen oder soll er die Teilleistung zurückweisen können? Weitere Probleme ergeben sich hinsichtlich der Bindung des Gläubigers an seine Erklärung, auf den Schadensersatzanspruch übergehen zu wollen: Soll dem Gläubiger noch eine Rückkehr zum Primärleistungsanspruch offen stehen?

Das geltende Recht kennt für den Übergang zum Schadensersatz unterschiedliche Regelungen je nach dem, ob es sich bei der Primärleistung um eine einseitige Verbindlichkeit handelt oder um eine Verbindlichkeit, die im Gegenseitigkeitsverhältnis eines Vertrags steht. Den allgemeinen Vorschriften in den derzeitigen §§ 280, 286 Abs. 2, 283 gehen für gegenseitige Verträge die Regelungen in §§ 325, 326 vor. Aus allen genannten Vorschriften kann man nach geltendem Recht für den Übergang zum Schadensersatzanspruch drei Lösungswege entnehmen:

- In §§ 280 Abs. 1, 325 Abs. 1 wird der Primärleistungsanspruch regelmäßig bei Unmöglichkeit der Leistung ohne weiteres durch den Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung ersetzt. Das ist auch unproblematisch, weil der Schuldner die Primärleistung ohnehin nicht mehr erbringen kann.

- In den §§ 280 Abs. 2, 325 Abs. 1 Satz 2 (Teilunmöglichkeit) und in §§ 286 Abs. 2, 326 Abs. 2 (Schuldnerverzug) wird der Übergang zum Schadensersatzanspruch daran geknüpft, dass das Interesse des Gläubigers an der noch möglichen Primärleistung nicht oder nicht mehr besteht.

- Ohne Unmöglichkeit oder Interessewegfall dagegen kommt der Gläubiger zu einem Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung allgemein nur nach § 283: Er muss zunächst ein rechtskräftiges Urteil auf die Primärleistung erwirken und dann dem Schuldner eine Nachfrist mit Ablehnungsandrohung setzen; erst deren fruchtloser Ablauf erzeugt den Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung, wenn sich der Schuldner nicht exkulpieren kann. Im Rahmen gegenseitiger Verträge führt beim Verzug mit einer Hauptleistungspflicht ebenfalls der erfolglose Ablauf einer

Nachfrist mit Ablehnungsandrohung zum Schadensersatz wegen Nichterfüllung (§ 326 Abs. 1).

Das geltende Recht ist mit seinen vielen Differenzierungen unübersichtlich. Abgesehen von den Fällen der Unmöglichkeit bringt es eine einfache Lösung nur für die - allerdings praktisch weitaus wichtigsten - Fälle des Verzugs mit einer im vertraglichen Gegenseitigkeitsverhältnis stehenden Hauptpflicht. Im Übrigen ist das geltende Recht für den Gläubiger verhältnismäßig ungünstig. Denn der Weg über den bisherigen § 283 ist regelmäßig umständlich, langwierig und kostspielig, zudem mit den Mängeln der Ablehnungsandrohung belastet (vgl. dazu noch weiter unten). Der Weg über den bisherigen § 286 Abs. 2 ist für den Gläubiger riskant: Darüber, ob die Primärleistung infolge des Verzugs für ihn wirklich kein Interesse mehr hat, wird sich oft streiten lassen. Der Gläubiger geht also ein erhebliches Risiko ein, wenn er sich auf den Standpunkt eines solchen Interessewegfalls stellt. Dazu steht in Widerspruch, dass § 326 Abs. 1 dem Gläubiger einen weitaus einfacheren Weg bietet.

Zu § 281 – Schadensersatz statt der Leistung wegen nicht oder nicht wie geschuldet erbrachter Leistung

Zu Absatz 1

Zu Satz 1

Absatz 1 bestimmt, dass der Gläubiger Schadensersatz statt der Leistung verlangen kann, wenn die Leistung nicht oder nicht wie geschuldet erbracht wird. Der Anspruch selbst folgt nicht unmittelbar aus § 281 Abs. 1 Satz 1 RE, sondern aus § 280 Abs. 1 RE. § 281 RE bestimmt lediglich zusätzliche Voraussetzungen, die für den Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung gegeben sein müssen. Dies bringt die Vorschrift dadurch zum Ausdruck, dass sie sich auf § 280 Abs. 1 RE bezieht. Die Bezugnahme bringt zum Ausdruck, dass Schadensersatz statt der Leistung auch im Fall des § 281 RE nur geschuldet ist, wenn der Schuldner die Leistungsstörung zu vertreten hat. Was er zu vertreten hat, richtet sich wie bisher nach den §§ 276 bis 278. Auch im Fall des § 281 RE gilt die Beweislastumkehr nach § 280 Abs. 1 Satz 2 RE.

Anders als § 283 Abs. 1 KE regelt § 281 Abs. 1 Satz 1 RE den Schadensersatz statt der Leistung nicht in jedem Fall einer Leistungsstörung, sondern in den praktisch häufigsten Leistungsstörungen, die darin bestehen, dass die Leistung sich verzögert oder dass sie schlecht erbracht wird. Die Verzögerung der Leistung beschreibt Abs. 1 Satz 1 mit den Worten „...nicht...erbracht“. Diese Formulierung würde rein sprachlich auch den Fall der Unmög-

lichkeit erfassen. Hierfür enthält § 283 RE aber eine spezielle Regelung, die besondere Voraussetzungen aufstellt und § 281 RE verdrängt. Im Übrigen ergibt sich aus § 281 Abs. 1 Satz 1 RE, dass diese Vorschrift nur Leistungsstörungen erfasst, die noch behebbar sind. Nur dann ergibt die Fristsetzung einen Sinn. Nicht behebbare Leistungsstörungen liegen bei einer Unmöglichkeit der Leistung und bei der Verletzung einer nicht leistungsbezogenen Nebenpflicht vor, für die deshalb die §§ 283 und 282 Sonderregelungen enthalten, die sich vor allem durch das fehlende Erfordernis einer Fristsetzung von § 281 Abs. 1 Satz 1 RE unterscheiden.

Für den Fall des Verzugs ersetzt § 281 Abs. 1 Satz 1 RE seiner Funktion nach die bisherigen Regelungen über den Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung bei Verzug, insbesondere also den bisherigen § 326. Anders als dieser verlangt § 281 Abs. 1 Satz 1 RE aber nicht förmlich die Voraussetzungen des Schuldnerverzugs, wie sie in § 286 aufgestellt werden. Davon wurde bewusst abgesehen. Für den Gläubiger ist in aller Regel zunächst nur das Ausbleiben der Leistung selbst, nicht aber der Grund hierfür erkennbar. So kann die Leistung unmöglich geworden sein, was ihn zur sofortigen Geltendmachung von Schadensersatz statt der Leistung gemäß § 283 RE berechtigen würde. Es kann aber auch sein, dass zugunsten des Schuldners lediglich die Voraussetzungen der Einrede aus § 275 Abs. 2 RE erfüllt sind; solange der Schuldner diese Einrede nicht erhebt, braucht der Gläubiger die zugrundeliegenden Umstände nicht zu kennen. Schließlich – und in der Praxis weitaus häufiger – mag der Schuldner auch keinen Grund haben, der ihn zur Verweigerung der Leistung berechtigen würde.

Hier verfolgt der Entwurf das Ziel, dem Gläubiger eine Möglichkeit an die Hand zu geben, mit der er in möglichst einfacher Weise Klarheit über den Fortbestand des Leistungsanspruchs bzw. über die Substituierung des Primäranspruchs durch einen Schadensersatzanspruch erlangen kann. Das kann er durch das Setzen einer angemessenen Frist, auf die weiter unten noch einzugehen sein wird, erreichen. Diese Fristsetzung enthält inhaltlich eine Leistungsaufforderung, in der man stets auch eine Mahnung im Sinne des § 286 Abs. 1 RE sehen wird, so dass der Fall nicht eintreten kann, dass der Schuldner zwar Schadensersatz statt der Leistung nach § 281 Abs. 1 Satz 1 RE verlangen (und dann auch nach § 323 Abs. 1 RE zurücktreten) kann, sich aber noch nicht nach § 286 RE in Verzug befindet.

Außer der Leistungsverzögerung erfasst § 281 Abs. 1 Satz 1 RE auch die Schlechterfüllung. Sie wird mit den Worten „... nicht wie geschuldet erbringt“ beschrieben. Worin die Schlechterfüllung besteht, ist für die Anwendung von § 281 Abs. 1 Satz 1 RE grundsätzlich unerheblich. Es wird anders als bisher nicht zwischen Haupt- und Nebenpflichten unterschieden. Zu

berücksichtigen ist indessen, dass § 282 RE einen speziellen Fall der Schlechterfüllung besonders regelt und in seinem Anwendungsbereich § 281 Abs. 1 Satz 1 RE vorgeht. Es handelt sich um den Fall, dass Schadensersatz statt der Leistung nicht wegen einer Verletzung des Leistungsinteresses, sondern ausschließlich deshalb verlangt werden soll, dass Nebenpflichten („sonstige Pflichten"), die nicht leistungsbezogen sind, verletzt werden.

Nach § 281 Abs. 1 Satz 1 RE kann der Gläubiger vom Schuldner bei Verzögerung der Leistung oder bei Schlechtleistung Schadensersatz statt der Leistung verlangen, wenn er dem Schuldner eine angemessene Frist zur Leistung oder Nacherfüllung bestimmt hat und diese Frist erfolglos abgelaufen ist. Die Frist muss so lang sein, dass der Schuldner die Leistung tatsächlich auch erbringen kann. Allerdings muss sie dem Schuldner, der noch nichts zur Erbringung der Leistung unternommen hat, nicht ermöglichen, die Leistung erst anzufangen und zu erbringen (BGH, NJW 1995, 323, 857; OLG Düsseldorf, NJW-RR 1992, 951). Da der Schuldner seiner ursprünglichen Leistungspflicht nicht hinreichend entsprochen hat, können von ihm allerdings jetzt auch größere Anstrengungen und damit schnelleres Handeln erwartet werden. Erweist sich die Frist als unangemessen kurz, so ist sie damit nicht völlig unwirksam. Vielmehr setzt sie die angemessene Frist in Lauf, wenn nicht der Gläubiger deutlich gemacht hat, dass es ihm gerade auf die Kürze der Frist ankommt. Insoweit kann auf die Auslegung des bisherigen § 326 in Rechtsprechung und Wissenschaft zurückgegriffen werden.

§ 281 Abs. 1 Satz 1 RE nennt als Gegenstand der mit der Fristsetzung verbundenen Aufforderung neben der Leistung noch die Nacherfüllung. Letztere stellt einen Unterfall der Leistung dar, die im Falle des Satzes 1 eben gar nicht oder noch nicht vollständig erbracht ist. Die Nacherfüllung hätte deshalb an sich nicht ausdrücklich erwähnt werden müssen; gleichwohl erschien dies zweckmäßig, um deutlich zu machen, dass der ausgebliebene „Leistungsrest", zu dessen Erbringung aufgefordert wird, einen etwas unterschiedlichen Inhalt haben kann, je nachdem, ob der Schuldner überhaupt nicht geleistet oder zwar einen Teil der geschuldeten Leistung erbracht hat. Auf letzten Fall bezieht sich der Ausdruck „Nacherfüllung". So enthält für das Kaufrecht § 439 RE eine Konkretisierung dessen, was der Käufer, dem eine mangelhafte Sache geliefert worden ist, von dem Verkäufer im Rahmen der Nacherfüllung verlangen kann. Deren Erwähnung in § 281 Abs. 1 Satz 1 RE dient damit der Verdeutlichung, dass in diesem Fall Gegenstand der Fristsetzung die Erfüllung des in § 439 beschriebenen Nacherfüllungsanspruchs des Käufers ist.

Die Schuldrechtskommission hatte noch einen Satz 2 in § 283 Abs. 1 KE vorgeschlagen, von dessen Aufnahme in den Entwurf abgesehen wurde. Danach sollte dann, wenn die Leistung

in der Rückgewähr eines bestimmten Gegenstandes besteht, die Fristsetzung allein nicht genügen. Vielmehr sollte weiter erforderlich sein, dass der Gläubiger das Interesse an der Rückgewähr verloren hat. Damit sollte vor allem an den Rückgabeanspruch des Vermieters nach § 556 gedacht werden. Es sollte vermieden werden, dass der Mieter, der die Mietsache auch nach einer angemessenen Frist nicht zurückgibt, dem Vermieter Schadensersatz statt der Rückgabe leisten muss, was auf einen Ersatz des Wertes der Mietsache (gegen deren Übereignung), also eine Art „Zwangsverkauf" hinausliefe. Ähnliche Fälle lassen sich etwa bei Ansprüchen aus § 812 denken. Mit der von der Schuldrechtskommission vorgeschlagenen Formulierung ergeben sich jedoch Probleme in Fällen, in denen von einem fortbestehenden Interesse des Gläubigers an der Rückgewähr auszugehen ist und dennoch die Möglichkeit gegeben sein muss, zu einem Schadensersatzanspruch zu gelangen. Zum Beispiel kann der Verleiher eines Buches an dessen Rückgabe in höchstem Maße interessiert sein. Auch wenn er wegen dieses Interesses mehrere Versuche, vielleicht auch im Wege der Zwangsvollstreckung, unternimmt, das Buch zurückzubekommen, und damit erfolglos bleibt, kann weiter von einem fortbestehenden Interesse an der Rückgabe ausgegangen werden. Dennoch muss dem Verleiher schließlich die Möglichkeit gegeben werden, zum Schadensersatz überzugehen. Nach dem Vorschlag der Schuldrechtskommission für einen Satz 2 wäre ihm dies unmöglich. Die Fälle eines „Zwangsverkaufs" einer zurückzugebenden Sache an den Schuldner, an welche die Schuldrechtskommission gedacht hatte, sollten zwar tatsächlich vermieden werden. Es dürfte sich aber zum einen um recht theoretische Fallgestaltungen handeln. Zum anderen dürften seltene Missbrauchsfälle mit § 242 zu bewältigen sein.

Zu Satz 2

Der bisherige § 326 lässt die Fristsetzung allein für den Schadensersatz statt der Leistung nicht genügen. Er verlangt vielmehr zusätzlich, dass der Gläubiger mit der Fristsetzung dem Schuldner zugleich androht, nach Verstreichen der Frist die Leistung abzulehnen. Die Anforderungen, die die Rechtsprechung an diese Ablehnungsandrohung stellt, sind sehr hoch und können praktisch nur von der rechtskundig beratenden Vertragspartei wahrgenommen werden, die die feinen Formulierungsunterschiede überblickt, die die Rechtsprechung herausgearbeitet hat (Überblick hierzu bei Palandt/Heinrichs, § 326 Rdn. 18). Dies hat zu einer Überforderung der Gläubiger geführt und ist unzweckmäßig.

Die Schuldrechtskommission hatte mit Rücksicht auf diese Schwierigkeiten des Gläubigers vorgeschlagen, auf die sich als unpraktikabel erwiesene „Ablehnungsandrohung" zu verzichten und die Möglichkeit des Schadensersatzes statt der Leistung allein davon abhängig zu machen, dass der Gläubiger dem Schuldner eine angemessene Frist zur (Nach)Erfüllung

gesetzt hat. Dem folgt der Entwurf in § 281 Abs. 1 Satz 1 RE. Danach reicht der erfolglose Ablauf einer dem Schuldner zur Leistung (Nacherfüllung) gesetzten Frist aus, um den Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung zu begründen. Weitere Erfordernisse, insbesondere auch nicht eine Art „kleine Ablehnungsandrohung“, werden nicht verlangt. Vielmehr soll es regelmäßig mit der Fristsetzung sein Bewenden haben, so dass ein Schuldner, der nicht rechtzeitig oder schlecht geleistet hat, eine solche Fristsetzung grundsätzlich und von vornherein ernst zu nehmen und grundsätzlich nach deren Ablaufen damit zu rechnen hat, dass der Gläubiger nunmehr statt der Leistung Schadensersatz verlangt.

Gegen dieses „reine“ Fristenmodell ist eingewandt worden, dass es Fallkonstellationen geben könne, in denen der Schuldner trotz der Fristsetzung nicht sogleich mit der Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs zu rechnen brauche; etwa dann, wenn der Gläubiger durch sein sonstiges Verhalten gegenüber dem Schuldner Zweifel an der Ernsthaftigkeit seiner Fristsetzung begründet habe. Als Lösung ist in Anlehnung an den Vorschlag der Schuldrechtskommission zum Rücktritt in § 323 Abs. 1 KE vorgeschlagen worden, die Fristsetzung nur dann ausreichen zu lassen, wenn der Schuldner auf Grund der Fristsetzung mit der Schadensersatzforderung rechnen musste.

Diesem Vorschlag folgt der Entwurf indes bewusst nicht, weil eine solche konditionale Verknüpfung ebenfalls – wie beim jetzigen Erfordernis der Ablehnungsandrohung im § 326 BGB – den Gläubiger ungerechtfertigt benachteiligen und auch zu einer erheblichen Unsicherheit auf Seiten des Gläubigers führen würde. Der Gläubiger könnte sich nämlich dann nicht mit einer klaren Fristsetzung begnügen. Er müsste seiner Erklärung vielmehr Erklärungen hinzufügen, die dem Schuldner deutlich machen, dass die Fristsetzung auch tatsächlich ernst gemeint ist. Was das konkret bedeutet, würde sich aber ähnlich schwer wie bei der jetzt erforderlichen Ablehnungsandrohung vorhersehen lassen. Diese Unsicherheit ist dem Gläubiger auch unter Berücksichtigung der Belange des Schuldners nicht zuzumuten. Die Fristsetzung setzt nämlich voraus, dass die Leistung fällig ist und der Schuldner sie nicht in der verabredeten Zeit oder schlecht erbracht hat. Schadensersatz statt der Leistung schuldet der Schuldner im Übrigen auch nur, wenn er die Fristsetzung schuldhaft nicht zur Nacherfüllung genutzt hat. Den insoweit „doppelt“ vertragswidrig handelnden Schuldner darüber hinaus zu begünstigen, ist nicht einzusehen.

Der Entwurf trägt der Kritik des „reinen“ Fristenmodells und den von diesen genannten Ausnahmefällen indessen gleichwohl Rechnung, indem er in Satz 2 des § 281 Abs. 1 RE bestimmt, dass Satz 1 nicht gilt, wenn der Schuldner trotz der Fristsetzung mit dem Verlangen von Schadensersatz nicht rechnen musste. Durch diese Formulierung wird einerseits deut-

lich, dass zwar der durch Satz 1 allein durch die Fristsetzung eröffnete Weg des Schadensersatzes in der Regel nicht davon abhängig ist, dass der Schuldner mit dem Schadensersatz zu rechnen brauchte. Andererseits wird durch den Satz 2 deutlich, dass es von diesem Grundsatz im Einzelfall Ausnahmen geben kann. Eine solche Ausnahme muss freilich der Schuldner darlegen und ggf. beweisen. Fehlt es im Prozess an einem entsprechenden Sachvortrag des Schuldners, ist allein Satz 1 maßgebend dafür, ob der Gläubiger Schadensersatz statt der Leistung verlangen kann.

Zu Satz 3

Nach § 281 Abs. 1 Satz 1 RE ist Schadensersatz statt der Leistung bei erfolgloser Fristsetzung stets nur insoweit geschuldet, als die Leistung ausgeblieben ist. Das bedeutet, dass man bei einer teilweisen oder bei einer mangelhaften Leistung Schadensersatz statt der Leistung nur für den ausgebliebenen oder mangelhaften Teil der Leistung beanspruchen kann. Sind also statt 100 Flaschen Wein nur 90 geliefert worden, kann der Gläubiger als Schadensersatz statt der Leistung nur die Ersatzbeschaffungskosten für die ausgebliebenen 10 Flaschen beanspruchen. Entsprechendes gilt für Mängel. Ist bei einem neuen Fahrzeug etwa nur die Navigationsanlage defekt, kann der Gläubiger als Schadensersatz statt der Leistung grundsätzlich nach § 281 Abs. 1 Satz 1 RE nur die Ersatzbeschaffungskosten für das defekte Navigationsgerät beanspruchen.

Dies wird den Interessen des Gläubigers aber nicht in jedem Fall gerecht. Der Gläubiger muss auch die Möglichkeit haben, in solchen Fällen Schadensersatz statt der **ganzen** Leistung zu verlangen. Die Anforderungen hierfür müssen aber höher sein, weil die Belastung des Schuldners durch diese gesteigerte Schadensersatzverpflichtung höher ist und weil dies zum Scheitern des gesamten Vertrags führt. § 281 Absatz 1 Satz 3 RE bestimmt deshalb, dass der Gläubiger bei Teilleistung und bei Schlechtleistung Schadensersatz statt der ganzen Leistung nur verlangen kann, wenn dies sein Interesse an der geschuldeten Leistung erfordert. Das wird normalerweise nur der Fall sein, wenn der erbrachte Teil der Leistung unter Berücksichtigung des Schadensersatzes statt der ausgebliebenen Leistung das Leistungsinteresse des Schuldners nicht voll abdeckt. Bei einer teilweisen Leistung wird Schadensersatz statt des ausgebliebenen Teils der Leistung das Leistungsinteresse des Schuldners meist voll abdecken und Schadensersatz statt der ganzen Leistung eher die Ausnahme sein.

Bei einer Schlechtleistung des Schuldners wird der Schadensersatz statt der ausgebliebenen Leistung nur genügen können, wenn es sich um abgrenzbare Mängel handelt, die ohne

Schwierigkeiten behoben werden können. Im Übrigen wird das Interesse des Gläubigers an der geschuldeten Leistung oft Schadensersatz statt der ganzen Leistung erforderlich machen. Mit Rücksicht hierauf ist erwogen worden, dem Vorschlag der Schuldrechtskommission in § 283 Abs. 1 KE zu folgen und auf dieses zusätzliche Kriterium zu verzichten. Davon ist aber abgesehen worden, weil die Schlechtleistung sich nicht immer nur auf die Leistung insgesamt beziehen muss, sondern nicht selten auch auf abgrenzbare Teile beschränkt sein wird. Dieser Umstand hat den Gedanken nahegelegt, bei der Schlechtleistung ähnlich wie bei der verzögerten Leistung zwischen der vollständigen Mangelhaftigkeit und der teilweisen Mangelhaftigkeit zu unterscheiden. Dies hat sich letztlich aber als nicht durchführbar erwiesen, da die teilweise von der vollständigen Mangelhaftigkeit kaum abgrenzbar ist. Im Ergebnis bereitet das an sich strenge Kriterium des Interessefortfalls bei einer mangelhaften Leistung aber keine unangemessene Belastung des Gläubigers. Je umfangreicher die Mängel sind, desto eher wird das Leistungsinteresse des Gläubigers es auch erforderlich machen, dass er Schadensersatz statt der ganzen Leistung verlangen kann.

§ 281 Abs. 1 Satz 3 RE regelt damit auch die Fälle, die im Kaufrecht im Rahmen des bisherigen § 463 als „großer Schadensersatz“ bezeichnet wurden.

Zu Absatz 2

§ 281 Abs. 1 RE macht den Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung von einer Fristsetzung durch den Gläubiger sowie davon abhängig, dass der Schuldner schuldhaft nicht leistet oder nicht nacherfüllt. Das geschieht deshalb, weil grundsätzlich von einer Erfüllungsbereitschaft des Schuldners ausgegangen werden kann. Hat der Schuldner allerdings die Leistung ernsthaft und endgültig verweigert, wäre eine Fristsetzung sinnlos. Deshalb erklärt sie Absatz 2 für entbehrlich.

Eine Fristsetzung muss aber auch dann entbehrlich sein, wenn Umstände vorliegen, die unter Abwägung der beiderseitigen Interessen eine sofortige Geltendmachung des Schadensersatzes statt der Leistung erforderlich machen. Einen solchen Fall stellen etwa sogenannte „Just-in-time-Verträge“ dar, bei denen der eine Teil dem anderen Teil zu einem bestimmten Zeitpunkt liefern muss, wenn dessen Produktion ordnungsgemäß betrieben werden soll. Bleibt die Leistung ganz oder teilweise aus, muss der Gläubiger die Möglichkeit haben, sofort Ersatzbeschaffung anzuordnen, weil sein Schaden sonst viel größer würde.

Zu Absatz 3

Nach dem bisherigen § 326 Abs. 1 Satz 2 kann der Gläubiger nach erfolglosem Ablauf der gesetzten Frist nicht mehr Erfüllung, sondern nur noch Schadensersatz verlangen. Das ist unzweckmäßig und benachteiligt auch den Gläubiger. Im Zeitpunkt der Fristsetzung ist der Gläubiger nämlich noch an dem Erhalt der Leistung interessiert. Das muss sich nach erfolglosem Ablauf dieser Frist nicht ändern. Wenn nämlich der Schuldner insolvent ist, würde ihm ein Schadensersatzanspruch wenig nützen. Es wäre zweckmäßiger, wenn er seinen Leistungsanspruch durchsetzen würde. Genau daran hindert ihn aber die geltende Regelung. Sie soll deshalb aufgegeben werden.

Das hat allerdings auch zur Folge, dass der Schuldner nach erfolgter Fristsetzung nicht ohne weiteres damit rechnen kann, dass er dem Gläubiger nur noch Schadensersatz zu leisten hat. Er muss vielmehr auch mit einem Erfüllungsbegehren rechnen und sich deshalb auch erfüllungsbereit halten. Es ist erwogen worden, diese Unsicherheit des Schuldners dadurch zu überbrücken, dass ihm die Möglichkeit eingeräumt wird, den Gläubiger zu einer Entscheidung zu zwingen. Eine solche Lösung hätte allerdings den Nachteil, dass ausgerechnet der vertragsbrüchige Schuldner dem Gläubiger eine ihm ungünstige Entscheidung aufzwingen kann. Dies erscheint nicht gerechtfertigt. Außerdem kann der Schuldner die Ungewissheit jederzeit dadurch beenden, dass er die nach dem Schuldverhältnis geschuldete Leistung erbringt.

Andererseits ist es auch dem Schuldner nicht zuzumuten, sich über einen unter Umständen erheblichen Zeitraum sowohl auf Erfüllung als auch auf Schadensersatzleistung einrichten zu müssen. Deshalb bestimmt Absatz 3, dass der Gläubiger den Erfüllungsanspruch nicht mehr geltend machen kann, wenn er Schadensersatz verlangt. Es kommt hierfür nicht darauf an, ob er tatsächlich Schadensersatz auch erhält. Entscheidend ist nur, dass er sich mit der Beanspruchung von Schadensersatz letztlich hierfür entschieden hat. Damit wird eine Parallele zum Rücktritt nach § 323 Abs. 1 RE gezogen. Da der Rücktritt ein Gestaltungsrecht ist, wird mit der Rücktrittserklärung gemäß § 349 das Schuldverhältnis in ein Rückabwicklungsverhältnis umgestaltet, was den Anspruch auf die Leistung ausschließt. Deshalb erscheint es gerechtfertigt, entsprechendes für das Verlangen von Schadensersatz statt der Leistung vorzusehen.

Ein Verlangen von Schadensersatz liegt mit Sicherheit in einer Klage. Ein solches Verlangen kann aber auch in vorprozessualen Erklärungen gesehen werden. Eine entsprechende Äußerung des Gläubigers muss aber den eindeutigen Willen erkennen lassen, sich auf das Schadensersatzbegehren beschränken zu wollen. Eine allgemeine Ankündigung etwa, weitere Rechte „bis hin zum Schadensersatz“ geltend machen zu wollen, reicht dafür nicht aus.

Es kann daher notwendig sein, die Erklärung des Gläubigers auszulegen. Dies kann zu einer praktischen Unsicherheit gerade auch für den Gläubiger selbst führen. Es ist erwogen worden, wegen dieser Unsicherheiten darauf abzustellen, ob der Gläubiger Klage auf Schadensersatz erhoben hat. Dies ist aber wegen der Nachteile dieser Lösung nicht geschehen. Der Schuldner bleibt hier wesentlich länger im Unklaren darüber, was der Gläubiger letztlich von ihm erwartet. Auch wäre es schwer zu vertreten, weshalb sich der Gläubiger auch dann noch für die Erfüllung soll entscheiden können, wenn er z. B. längere Zeit über Schadensersatz mit dem Schuldner verhandelt hat. Dies lässt sich mit einem Abstellen auf das Verlangen vermeiden. Man darf auch davon ausgehen, dass der durchschnittliche Gläubiger seine Entscheidung für den einen oder anderen Rechtsbehelf in ihrer Tragweite richtig bewerten wird.

Die Schuldrechtskommission hatte vorgeschlagen, den Anspruch auf die Leistung erst in dem Zeitpunkt auszuschließen, in dem der Gläubiger den Schadensersatz erhalten hat. Ihr ist die jetzt in den Entwurf aufgenommene Regelung unnötig hart erschienen: Es könne – so die Kommission - ja ungewiss sein, ob es dem Gläubiger gelingt, die Leistung anderswo zu beschaffen. Doch sollte nach diesem Vorschlag der Schuldner, der ja an einer Klärung der Rechtslage interessiert sein kann, dem Gläubiger eine Frist für die Ausübung des Wahlrechts setzen können. Nach erfolglosem Ablauf dieser Frist sollte der Schuldner noch die Möglichkeit zur Primärleistung haben; will der Gläubiger dann doch noch den Schadensersatz, sollte er dem Schuldner erneut eine Frist setzen müssen.

Die Schuldrechtskommission hat selbst eingeräumt, dass die Regelung der wechselseitigen Fristsetzungen recht kompliziert klingt. Das ist sie jedenfalls für den geschäftlich nicht erfahrenen Vertragspartner auch. Sie erscheint deshalb kaum handhabbar. Auf sie kann verzichtet werden, wenn nicht auf den Erhalt des Schadensersatzes, sondern auf das Schadensersatzverlangen des Gläubigers abgestellt wird. Das ist auch nicht unnötig hart: Der Gläubiger mag sich vor der Geltendmachung eines Anspruchs überlegen, was er will bzw. was seinen Interessen am ehesten entspricht. Auf die Parallele zum Rücktritt wurde bereits hingewiesen.

Zu Absatz 4

Schadensersatz statt der Leistung kann wie bisher auch sowohl in der Form des kleinen als auch in der Form des großen Schadensersatzes („Schadensersatz statt der **ganzen** Leistung“) berechnet werden. Wählt der Gläubiger den großen Schadensersatz, muss er dem Schuldner den erbrachten Teil der Leistung zur Verfügung stellen. Nach geltendem Recht ist unklar, welche Vorschriften hierfür maßgeblich sind und wie insbesondere Beschädigungen

und Nutzungen auszugleichen sind. Die hierfür zweckmäßigen Regelungen enthält das Rücktrittsrecht, das die maßgeblichen Bestimmungen für die Rückabwicklung fehlgeschlagener Verträge bereitstellt. Die §§ 346 ff RE sind jedoch nicht unmittelbar einschlägig, wenn der Gläubiger Schadensersatz verlangt. Zudem betrifft § 281 RE nicht nur Verträge, sondern auch andere Schuldverhältnisse. Deshalb bestimmt Absatz 4, dass sich der Anspruch des Schuldners auf Rückgewähr des Geleisteten nach den Vorschriften des Rücktrittsrechts richtet, wenn der Gläubiger zwar nicht zurücktritt, aber großen Schadensersatz verlangt und dadurch indirekt Rücktrittswirkungen erzielt.

Zu § 282 – Schadensersatz statt der Leistung wegen Verletzung einer sonstigen Pflicht

Schadensersatz statt der Leistung wird nicht nur geschuldet, wenn Haupt- oder Nebenleistungsleistungspflichten verletzt werden. Schadensersatz statt der Leistung kann auch geschuldet sein, wenn lediglich nicht leistungsbezogene Nebenpflichten, also insbesondere die in § 241 Abs. 2 RE genannten Pflichten, verletzt werden. Soweit sich die Verletzung dieser Pflichten auf die Hauptleistung auswirkt und zur Folge hat, dass die Leistung nicht vertragsgemäß erbracht wird, ist § 281 RE einschlägig.

Es kann aber sein, dass die Verletzung der Neben- und Schutzpflichten das eigentliche Leistungsinteresse des Gläubigers unberührt lässt. Gleichwohl kann sich auch in solchen Fällen die Notwendigkeit ergeben, Schadensersatz statt der ganzen Leistung zu wählen. Zu denken ist etwa an den Fall, dass der Schuldner die von ihm versprochene Leistung zwar an sich ordnungsgemäß erbringt, aber unter Begleitumständen, die für den Gläubiger nicht erträglich sind. In solchen Fällen soll Schadensersatz statt der Leistung nicht allgemein von einer Fristsetzung abhängig gemacht werden. Diese muss sich nämlich schon deshalb als sinnlos erweisen, weil es nicht um die Verletzung eines Anspruchs auf eine Leistung geht, deren Nachholung der Gläubiger von dem Schuldner verlangen könnte.

Das kann anhand eines Beispiels verdeutlicht werden: Ein Maler führt zwar die von ihm übernommenen Malerarbeiten ordentlich aus, beschädigt jedoch immer wieder schuldhaft während der einige Zeit in Anspruch nehmenden Arbeiten auf dem Weg in den von ihm zu streichenden Teil der Wohnung die Eingangstür und Einrichtungsgegenstände. Schadensersatz wegen der Sachschäden kann der Gläubiger unmittelbar aus § 280 Abs. 1 RE verlangen. Darüber hinaus kann sich aber auch die Frage stellen, wann das Verhalten des Malers ein solches Ausmaß angenommen hat, dass dessen Weiterbeschäftigung dem Gläubiger nicht mehr zuzumuten ist. Daraus ergibt sich das Problem, ob der Gläubiger noch vor Abschluss der Arbeiten einen anderen Maler mit der Beendigung der Arbeiten beauftragen und

die hierfür entstandenen Mehrkosten dem ersten unsorgfältigen Maler in Rechnung stellen kann. Diese Frage regelt § 282 RE, indem dort die Voraussetzungen für den Schadensersatz statt der Leistung enthalten sind. Die Vorschrift wird ergänzt durch das Rücktrittsrecht nach § 324 RE, das dieselben Voraussetzungen aufstellt.

Voraussetzung ist zunächst, dass die Pflichtverletzung „wesentlich“ ist. Sie muss also ein gewisses Gewicht haben, um die Folge des § 282 RE zu rechtfertigen, weil danach der Vertrag nicht mehr so wie vereinbart durchgeführt wird. Die Schuldrechtskommission hatte diese Voraussetzung für den Rücktritt in § 323 Abs. 3 Nr. 1 KE ebenfalls vorgesehen, was sich nach dem KE wegen § 325 KE auf die Möglichkeit, großen Schadensersatz zu verlangen, ausgewirkt hat. Die Schwelle zur „Wesentlichkeit“ wird bei den Leistungspflichten durch das Erfordernis der erfolglosen Fristsetzung erreicht. Auch die Verletzung einer Nebenleistungspflicht erreicht dann den Rang einer wesentlichen, die Beendigung des Vertrags rechtfertigenden Pflichtverletzung, wenn der Schuldner trotz der Einräumung einer weiteren Gelegenheit zur Erfüllung nicht leistet. Da § 282 RE wegen der Eigenart der verletzten Pflichten eine Fristsetzung nicht vorsieht, muss das Erfordernis der Wesentlichkeit gesondert aufgeführt werden, um das unerwünschte Ergebnis zu vermeiden, dass jede Verletzung von Nebenpflichten ohne weiteres den Vertrag zu beenden geeignet ist.

Im Übrigen soll Schadensersatz statt der Leistung in diesen Fällen nur geschuldet sein, wenn die Erbringung der Leistung durch den Schuldner gerade wegen dieser Umstände für den Gläubiger unzumutbar geworden ist. Wann dies der Fall ist, stellt eine Wertungsfrage dar. Dabei müssen die Interessen des Gläubigers und des Schuldners Berücksichtigung finden. In diesem Zusammenhang kann auch zu berücksichtigen sein, ob der Gläubiger dem Schuldner eine Abmahnung geschickt hat. So wird in dem obigen Beispiel ein sofortiges Verlangen von Schadensersatz statt der Leistung ohne vorherige Abmahnung jedenfalls dann nicht gerechtfertigt sein, wenn die Beschädigungen durch den Maler (zunächst) kein besonderes Gewicht haben. Dies entspricht im Übrigen der ständigen Rechtsprechung zu den Auswirkungen der positiven Vertragsverletzung. Bei einem gegenseitigen Vertrag kann die positive Vertragsverletzung einen Rücktritt oder einen Schadensersatz wegen Nichterfüllung des ganzen Vertrags dann begründen, wenn der Vertragszweck derart gefährdet ist, dass dem anderen Teil das Festhalten an dem Vertrag nach Treu und Glauben nicht zugemutet werden kann (vgl. nur Palandt/Heinrichs, § 276 Rdn. 124).

Zu § 283 – Schadensersatz statt der Leistung bei Ausschluss der Leistungspflicht

Zu Satz 1

§ 283 RE bestimmt die Voraussetzungen für den Schadensersatz statt der Leistung im Fall der Unmöglichkeit. Die Schuldrechtskommission hatte diesen Fall in den einheitlichen Schadensersatztatbestand des § 283 Abs. 1 KE mit aufgenommen. Das erscheint aber nicht zweckmäßig, weil im Falle der Unmöglichkeit eine Aufforderung zur Nacherfüllung sinnlos ist.

Voraussetzung für den Anspruch ist, dass der Schuldner nach § 275 Abs. 1 oder 2 RE nicht zu leisten braucht, also insbesondere ein Fall der Unmöglichkeit nach § 275 Abs. 1 RE vorliegt. Im Falle des § 275 Abs. 2 RE „braucht" der Schuldner nur dann nicht zu leisten, wenn zum einen die Voraussetzungen dieser Vorschrift vorliegen, und zum anderen der Schuldner sich auf die Einrede, die ihm § 275 Abs. 2 RE gibt, beruft.

§ 283 Satz 1 RE verweist sodann auf die Voraussetzungen des § 280 Abs. 1 RE. Dies ist damit die eigentliche, durch § 283 RE ergänzte Anspruchsgrundlage. Auch wenn man die Auffassung vertreten könnte, dass die in § 280 Abs. 1 Satz 1 RE vorausgesetzte Pflichtverletzung dann nicht vorliegen kann, wenn der Schuldner wegen § 275 Abs. 1 oder 2 RE gerade keine Pflicht zur Leistung hat, so stellt die Verweisung doch jedenfalls klar, dass die Unmöglichkeit bzw. die Einrede nach § 275 Abs. 2 doch zu einem Schadensersatzanspruch führt, wenn der Schuldner sich hinsichtlich seines Vertretenmüssens nicht entlasten kann, § 280 Abs. 1 Satz 2 RE.

Zu Satz 2

Zu berücksichtigen ist, dass eine Leistung nicht immer in vollem Umfang unmöglich wird. § 283 Satz 2 RE regelt deshalb die Teilunmöglichkeit und die Unmöglichkeit der Nacherfüllung bei einer Schlechtleistung. Das ergibt sich aus der Verweisung auf § 281 Abs. 1 Satz 3 RE. Die dort genannten Kriterien sollen auch bei Unmöglichkeit eines Teils der Leistung oder der Nacherfüllung anzuwenden sein. Auch hier unterscheidet sich der an die Stelle der ganzen Leistung tretende Schadensersatzanspruch von demjenigen aus § 281 Abs. 1 Satz 1 RE allein durch die Entbehrlichkeit der (sinnlosen) Fristsetzung.

Wählt der Gläubiger auch hier Schadensersatz statt der Leistung in der Form des großen Schadensersatzes, soll er ebenso wie im Falle des § 281 RE die empfangenen Leistungen nach Maßgabe des Rücktrittsrechts zurückzugewähren haben, wie sich aus der Verweisung auf § 281 Abs. 4 RE ergibt.

Zu § 284 – Ersatz vergeblicher Aufwendungen

Problem

Der Ersatz vergeblicher Aufwendungen für einen nicht ausgeführten Vertrag kann im geltenden Recht Schwierigkeiten bereiten, da diese Aufwendungen an sich nicht durch die Pflichtverletzung des Schuldners verursacht worden sind, die einen Schadenersatzanspruch des Gläubigers nach den bisherigen § 325 oder § 326 auslöst. Denn diese Kosten wären unabhängig von der Vertragsverletzung und auch bei ordnungsgemäßer Erfüllung entstanden. Die Rechtsprechung behilft sich mit der Unterstellung, dass solche Aufwendungen als Kostenfaktor in die Kalkulation des Gläubigers eingegangen seien und jedenfalls bei einem Geschäft, bei dem die Kosten durch den Erlös gedeckt werden, mitvergütet worden wären. Wird das Geschäft nicht durchgeführt, dann sind sie deshalb, jedenfalls bei einem rentablen Geschäft, eine Art Mindestschaden. Für eine solche Deckung der Kosten durch die Gegenleistung und die daraus möglichen Erträge spreche eine - widerlegbare - Vermutung (sog. Rentabilitätsvermutung; vgl. Staudinger/Medicus § 249 Rdn. 129 f.; BGH, ZIP 1991, 798 ff.). Folgerichtig wird Ersatz frustrierter Aufwendungen versagt, wenn der Gläubiger aus dem Geschäft keine materielle, kostendeckende Gegenleistung, sondern immaterielle Gewinne erhofft hatte (vgl. BGHZ 99, 182, 196 ff. und dazu Stoll, JZ 1987, 517 ff.)

Nach geltendem Recht kann sich die Frage, ob vergebliche Aufwendungen als Schadensersatz wegen Nichterfüllung geltend gemacht werden können, nur stellen, wenn der Gläubiger Schadensersatz wegen Nichterfüllung nach den bisherigen §§ 325, 326 verlangt. Auf Grund der nun durch § 325 RE eröffneten Möglichkeit einer Kumulierung von Rücktritt und Schadensersatz können die Fälle, in denen frustrierte Aufwendungen als Schaden ersetzt verlangt werden, häufiger auftreten. Der Entwurf geht davon aus, dass - über die Ergebnisse der Rechtsprechung hinausgehend - dem betroffenen Gläubiger stets die Möglichkeit zustehen soll, Ersatz seiner Aufwendungen unabhängig davon zu erlangen, ob sie auf Grund einer – vermuteten – „Rentabilität“ des Vertrags jedenfalls als der kostendeckende Teil des entgangenen materiellen Ertrags aus dem Geschäft qualifiziert werden können oder nicht. Unsicherheiten und Zufälligkeiten in der Rentabilitätsberechnung und der Bewertung von Vorteilen aus dem Geschäft als materiell oder immateriell werden so vermieden. Auch erscheint es gerecht, dass diese Kosten von dem Teil zu tragen sind, der das Scheitern des Vertrags zu vertreten hat.

Lösungsansatz der Schuldrechtskommission

Die Schuldrechtskommission ist dieses Problem mit einem zweispurigen Ansatz angegangen. Bei gegenseitigen Verträge sollte der Gläubiger nach § 327 Abs. 1 Satz 2 KE anstelle

des Schadensersatzes wegen Nichtausführung des Vertrags auch Ersatz des Schadens verlangen können, der ihm dadurch entsteht, dass er auf die Ausführung des Vertrags vertraut hat. Für einen Teil dieses Schadens, nämlich die Vertragskosten, sollte in den §§ 439 Abs. 3 und § 637 Abs. 3 KE eine verschuldensunabhängige Pflicht zum Ersatz vorgesehen werden. Diese letztere Regelung entspricht dem geltenden § 467 Satz 1, für das Werkvertragsrecht in Verbindung mit dem bisherigen § 634 Abs. 4, wohingegen die erstere Regelung im geltenden Recht keine Parallele hat.

Einwände gegen diesen Ansatz

Gegen diese Lösung ist eingewandt worden, sie begünstige einseitig den Gläubiger, was insbesondere daraus abgeleitet wird, dass § 327 Abs. 1 Satz 2 KE den Ersatz des Vertrauensschadens ohne eine Begrenzung auf das positive Interesse vorsieht, wie er etwa in § 122 Abs. 1 oder § 179 Abs. 2 vorgesehen ist. Dies könne dazu führen, dass die Leistungsstörung auf Seiten des Schuldners für den Gläubiger zum „Glücksfall“ gerate. Dies gelte vor allem dann, wenn er ein schlechtes Geschäft abgeschlossen habe.

Dieses Argument ist aber im Ergebnis nicht überzeugend: Bei dem „Glücksfallargument“ geht es in erster Linie darum zu verhindern, dass der Gläubiger einen Anspruch auf Ersatz seines „Vertrauensschadens" auch dann erhält, wenn die Rentabilitätsvermutung bei auf Gewinnerzielung gerichteten Geschäften widerlegt ist, d. h. wenn feststeht, dass er die für das Geschäft gemachten Aufwendungen auch bei dessen ordnungsgemäßer Durchführung nicht wieder „hereingeholt" hätte. Dieser - in der Sache berechtigte – Gesichtspunkt muss aufgegriffen werden. Er gibt aber keineswegs Veranlassung, die Regelung insgesamt zu verwerfen.

Der insoweit exemplarische Fall BGHZ 99, 182 belegt eindrucksvoll, dass eine Regelung nach dem Ansatz des § 327 Abs. 1 Satz 2 KE zumindest in solchen Fällen geboten ist, in denen der Gläubiger einen **ideellen Zweck** verfolgt. In derartigen Konstellationen greift das erwähnte Glücksfallargument nicht. Bei der Verfolgung eines ideellen Zwecks kann ein materieller Nichterfüllungsschaden gar nicht entstehen; es kommt von vornherein nur die Frustration der gemachten Aufwendungen in Betracht. Hier ist eine Ersatzpflicht geboten und sachgerecht.

Eine Regelung nach dem Vorbild von § 327 Abs. 1 Satz 2 KE ist auch in vielen Fällen, in denen der Gläubiger primär einen **Konsumzweck** verfolgt, notwendig. Kauft jemand z. B. ein Haus, um darin zu wohnen, so wird man jedenfalls nicht durchweg sagen können, dass sich

die Aufwendungen dafür im wirtschaftlichen Sinne rechnen. Es wird vielfach wirtschaftlich günstiger sein, zur Miete zu wohnen, als ein Haus zu kaufen. Hier die Rentabilitätsvermutung anzuwenden und anzunehmen, dass durch den Wert des Hauses die Aufwendungen wie z. B. die Zinsen für ein zur Finanzierung aufgenommenes Darlehen abgedeckt werden, ist auch bei einer langfristigen Betrachtungsweise jedenfalls dann nicht mehr vertretbar, wenn bei Immobilien kein Wertzuwachs erwartet werden kann (was vielfach der Fall ist). Zumindest zeigt sich hier sehr deutlich, dass die Rentabilitätsvermutung der Gefahr ausgesetzt ist, zu methodenunehrlichen Fiktionen Zuflucht nehmen zu müssen.

Vollends versagt sie, wenn jemand einen weit überhöhten **Liebhaberpreis** zahlt, etwa für den Erwerb eines Kunstwerks. Warum soll er nicht seine frustrierten Aufwendungen wie zwecklos gewordene Darlehenszinsen und dgl. zurückerhalten, wenn der Vertrag wegen einer schuldhaften Pflichtverletzung des Schuldners nicht durchgeführt wird? Schließlich erscheint die Rentabilitätsvermutung auch nicht in allen Fällen, in denen der Gläubiger einen **wirtschaftlichen Zweck** verfolgt, ohne weiteres befriedigend. So mag ein Unternehmer z. B. aus marktstrategischen oder spekulativen Gründen für einen Gegenstand einen weit überhöhten Preis zahlen, von dem im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung niemand wissen kann, ob er sich in einer fernen Zukunft vielleicht „rechnen" wird. Zwar könnte man in solchen Fällen die Rentabilitätsvermutung als unwiderlegt ansehen, doch zeigt sich insgesamt, dass die Rentabilitätsvermutung ein Ausweg ist, mit der die Rechtsprechung die im Bürgerlichen Gesetzbuch nicht gelöste Problematik der frustrierten Aufwendungen bei Vertragsverletzungen zu lösen versucht. Eine sachgerechte gesetzliche Lösung erscheint geboten, zumal der Gesetzgeber freier ist als die Rechtsprechung, die insbesondere die Grenzen des § 253 zu beachten hat.

Der zweite Einwand gegen den Lösungsansatz der Schuldrechtskommission betrifft die Begrenzung des Anspruchs auf gegenseitige Verträge. Diese Begrenzung erscheint nicht sachgerecht. Erfüllt z. B. ein Erbe schuldhaft ein Vermächtnis zur Übereignung eines (materiell geringwertigen oder gar wertlosen) Gegenstandes nicht und hat der Vermächtnisnehmer in berechtigtem Vertrauen auf die Erfüllung Aufwendungen vorgenommen, z. B. Umbaumaßnahmen zur Integrierung eines vermachten Kunstwerks in sein Haus oder dergleichen, so hat er das gleiche Bedürfnis nach Ersatz wie derjenige, der ein solches Kunstwerk gekauft hat. Weshalb zwischen beiden Fällen unterschieden werden sollte, ist nicht ersichtlich. Denn durch die Aufwendungen hat der Gläubiger in beiden Fällen gezeigt, dass die vermachte Sache ihm diesen Geldbetrag „wert" ist. Der Schuldner ist im einen wie im anderen Falle nicht schutzwürdig, weil er schuldhaft seine Leistungspflicht verletzt hat und daher weitaus „näher daran" ist als der Gläubiger, die nunmehr nutzlosen Aufwendungen zu tra-

gen. Dann aber ist der systematisch richtige gesetzliche Standort einer solchen Regelung nicht § 327 KE, sondern eine Vorschrift im Rahmen der §§ 280 ff. RE. Dort soll sie auch angesiedelt werden.

Schließlich stellt sich die Frage nach dem Verhältnis einer solchen Regelung zu den Sondervorschriften über den Ersatz der Vertragskosten. Vertragskosten sind ein typischerweise entstehender Vertrauensschaden. Die Schuldrechtskommission hat, wie erwähnt, für ihn nach dem Vorbild des geltenden § 467 Satz 1 zwei Sondervorschriften vorgesehen (§§ 439 Abs. 3, 637 Abs. 3 KE), denen zufolge die Vertragskosten nicht als verschuldensabhängiger Schadens- oder Aufwendungsersatz, sondern ohne Verschulden als Rückabwicklungsfolge zu erstatten sind.

Diese Vorschriften sind nach ihrem Wortlaut nur im Fall des Rücktritts vom Kauf- oder vom Werkvertrag anwendbar. Sie würden auch nicht gelten, wenn der Gläubiger wegen Unmöglichkeit der Primärleistung nach § 326 RE von der Gegenleistung frei wird. Diese Begrenzung ist nicht einsichtig. Vertragskosten können auch bei anderen Verträgen und naturgemäß auch bei Unmöglichkeit der Leistung entstehen. Ein solcher Anspruch muss auch in solchen Fällen bestehen. Das ließe sich erreichen, indem dieser Anspruch als Rücktrittsfolge generell in § 346 RE und als Folge der Unmöglichkeit bestimmt würde. Das Nebeneinander eines verschuldensabhängigen Aufwendungsersatzanspruchs und eines verschuldensabhängigen Rücktrittsfolgenrechts überzeugt nicht. Es handelt sich im Grunde um dasselbe Problem, nämlich die Frustrierung von Aufwendungen. Diese sollten nach Möglichkeit einheitlich gelöst werden. Das ist aber nur durch die Schaffung eines einheitlichen Tatbestandes im Schadenersatzrecht der §§ 280 ff. RE möglich. Diese Regelung enthält § 284 RE.

Ersatzanspruch

§ 327 Abs. 1 Satz 2 KE wollte dem Gläubiger einen Anspruch auf Ersatz seiner frustrierten Aufwendungen dadurch verschaffen, dass er Ersatz seines Vertrauensschaden soll beanspruchen können. Dieser schadenersatzrechtliche Ansatz erweist sich als hinderlich. Der Ersatz des Vertrauensschadens kann zu viel einschneidenderen Folgen führen als der Ersatz des Erfüllungsinteresses, auf das der Anspruch nach § 327 Abs. 1 Satz 2 KE aber nicht begrenzt werden sollte. Führt man eine solche Begrenzung indessen ein, kann das auch zu verzerrten Ergebnissen führen, da die Aufwendungen, für die dem Gläubiger Ersatz verschafft werden sollte, nicht sachgerecht anhand des Erfüllungsinteresses bemessen werden können. Andererseits würde eine solche Regelung dem Gläubiger auch die Liquidation eines entgangenen Vorteils aus einem Alternativgeschäft mit einem Dritten erlauben, das er nicht

abgeschlossen hat, weil er sich bereits durch den Vertrag mit dem Schuldner gebunden wusste. Zu denken ist etwa an den Fall, dass der Gläubiger einen gleichartigen Gegenstand wie den gekauften zwischenzeitlich billiger bei einem Dritten hätte beziehen können und dies unterlassen hat, weil er an die - später gescheiterte - Erfüllung durch seinen Vertragspartner glaubte. Dass er dann diesen entgangenen Vorteil liquidieren kann, wäre nicht zu vertreten. In der Sache geht es bei dem Ersatz frustrierter Aufwendungen nicht eigentlich um ein Schadensersatzproblem, sondern um eine Frage des Aufwendungsersatzes. Mit diesem Ansatz lässt sich das anzustrebende Ergebnis zielgenauer erreichen. Deshalb gewährt § 284 dem Gläubiger die Möglichkeit, anstelle des Schadensersatzes statt der Leistung auch Aufwendungsersatz zu verlangen. Da dieser an die Stelle des Schadensersatzes tritt, gilt auch für diesen Ersatzanspruch § 280 Abs. 1 RE, also das Verschuldensprinzip.

Auch ein Anspruch auf Aufwendungsersatz kann über das Ziel hinausschießen. Die im Vertrauen auf die Erfüllung des Schuldverhältnisses gemachten Aufwendungen können auch bei ordnungsgemäßer Erfüllung verfehlt sein. Wer etwa zum Verkauf letztlich unverkäuflicher Kunstwerke ein Ladenlokal anmietet, macht in jedem Fall einen Verlust. Solche auch bei ordnungsgemäßer Erfüllung vergeblichen Aufwendungen können nicht ersatzfähig sein. Deshalb schließt der letzte Halbsatz der Vorschrift den Ersatz von Aufwendungen aus, die ihren Zweck auch ohne die Pflichtverletzung des Schuldners verfehlt hätten. Dies fügt sich vom Ergebnis her in die bisherige Rechtsprechung zur Rentabilitätsvermutung, auf die es künftig nicht mehr ankommt, ein: Der Gläubiger kann Ersatz seiner Aufwendungen nicht in Situationen verlangen, in denen nach bisheriger Rechtsprechung die Rentabilitätsvermutung als widerlegt anzusehen wäre. Andererseits kann man dem Gläubiger bei ideeller, konsumptiver, spekulativer, marktstrategischer Zielsetzung und in ähnlichen Fällen nicht mehr entgegenhalten, sein Geschäft sei „unrentabel“ gewesen. Denn darauf kommt es hier wegen der Besonderheit der Zwecksetzung nicht an. Wäre dagegen der ideelle usw. Zweck aus anderen Gründen verfehlt worden, z. B. weil sich nach Bruch des Mietvertrags über eine Halle für eine Parteiveranstaltung herausstellt, dass die vorgesehene Veranstaltung ohnehin mangels Mitgliederinteresses abgesagt worden wäre, greift die Ausnahme ein. Ein Ersatzanspruch scheidet aus.

Zu § 285 – Herausgabe des Ersatzes

Zu Absatz 1

Der Schuldner kann durch einen Umstand, der seine Befreiung bewirkt hat, einen Ersatz oder Ersatzanspruch erlangt haben (z. B. einen Anspruch auf eine Versicherungsleistung

oder gegen einen Dritten auf Schadensersatz). Dann soll nach geltendem Recht (bisher § 281) der Gläubiger statt der Leistung dieses Surrogat verlangen können; das Surrogat tritt also an die Stelle der primär geschuldeten Leistung.

Diese Vorschrift soll wegen ihres offenkundigen Gerechtigkeitsgehaltes beibehalten werden. Allerdings scheitert eine unveränderte Übernahme des bisherigen § 281 aus zwei Gründen: Erstens stellt § 281 bislang auf die Unmöglichkeit der Leistung ab, während § 275 RE nunmehr auch weitere Befreiungsgründe umfasst. Und zweitens führen die nach § 275 RE beachtlichen Leistungshindernisse nicht ohne weiteres zur Befreiung des Schuldners, sondern erst durch Erhebung einer Einrede. Dieser neuen Rechtslage muss der bisherige § 281 angepasst werden.

Eine solche Anpassung ist zunächst insofern vorzunehmen, als die Vorschrift von der „Unmöglichkeit" auf den „Umstand, auf Grund dessen er [der Schuldner] die Leistung nach § 275 Abs. 1 oder 2 nicht zu erbringen braucht", zu erweitern ist. Absatz 1 macht damit im Falle des § 275 Abs. 2 RE den Anspruch auf Herausgabe des Surrogats davon abhängig, dass der Schuldner die ihm nach dieser Vorschrift zustehende Einrede auch tatsächlich erhoben hat.

Die Schuldrechtskommission hatte dagegen vorgeschlagen, das bloße Bestehen der Voraussetzungen des § 275 KE, der insgesamt eine Einrede vorsah, ausreichen zu lassen, ohne dass es darauf ankäme, ob die Einrede tatsächlich erhoben worden ist. Diese Lösung passt allerdings nicht zu dem neuen Konzept des § 275: Wenn der Schuldner die Einrede nicht erhebt, kann er wenigstens regelmäßig weiter in die Leistung verurteilt werden, er kann also daneben nicht auch noch das Surrogat schulden; deshalb liegt es nahe, den Anspruch des Gläubigers auf das Surrogat von der Erhebung der (begründeten) Einrede durch den Schuldner abhängig zu machen. Wenn die in § 275 Abs. 2 RE genannten Umstände nur noch auf Einrede des Schuldners zu berücksichtigen sind, so bedeutet dies, dass es allein in der Entscheidung des Schuldners liegt, ob er leisten oder sich auf sein Leistungsverweigerungsrecht berufen möchte. Dann ist es nur konsequent, dies auch in Rahmen des bisherigen § 281, jetzt § 285 RE zu berücksichtigen und die Entscheidung nicht auf den Gläubiger zu verlagern. Letzteres wäre die Folge, wenn der Gläubiger das Surrogat auch ohne Erhebung der Einrede durch den Schuldner verlangen könnte, da dann der Anspruch auf die Leistung ausgeschlossen sein muss. Allerdings führt dies dazu, dass der Schuldner sich das Surrogat dadurch sichern kann, dass er die Einrede nach § 275 Abs. 2 RE nicht erhebt. Ein Interesse an diesem Vorgehen kann er dann haben, wenn das Surrogat ausnahmsweise wertvoller als die Leistung ist. Nach geltendem Recht könnte auch in diesem Fall der Gläubi-

ger den Anspruch aus dem bisherigen § 281 geltend machen. Dafür würde der Schuldner aber ohne weiteres von seiner Primärleistungspflicht frei. Insoweit tritt eine sachliche Änderung der Rechtslage ein.

Zu Absatz 2

Absatz 2 entspricht inhaltlich dem bisherigen § 281 Abs. 2; dieser ist lediglich an den neuen Sprachgebrauch des Gesetzes anzupassen: „Schadensersatz statt der Leistung“ anstelle von „Schadensersatz wegen Nichterfüllung“.

Zu § 286 – Verzug des Schuldners

Vorbemerkung

Eine bloße Verzögerung der Leistung über die Fälligkeit hinaus soll für den Schuldner noch keine wesentlichen Rechtsnachteile erzeugen. Vielmehr entspricht es der beizubehaltenden Rechtstradition, dass solche Nachteile erst im Schuldnerverzug (bisher in § 284 geregelt) eintreten. Dieser setzt Vertretenmüssen des Schuldners sowie eine Mahnung oder einen gleichgestellten Umstand voraus. Bei diesen Mahnungssurrogaten besteht auch nach dem Inkrafttreten des Gesetzes zur Beschleunigung fälliger Zahlungen vom 30. März 2000 (BGBl. I S. 330), das den Verzugseintritt bei Geldforderungen vereinfacht hat, das wesentliche Reformbedürfnis.

Nach geltendem Recht steht gemäß § 284 Abs. 2 der für den Verzug erforderlichen Mahnung zunächst eine Zeitbestimmung für die Leistung gleich. Genügen soll aber auch, dass sich die Zeit für die Leistung von einer Kündigung an nach dem Kalender berechnen lässt. Andere Tatsachen (z. B. die Lieferung oder die Rechnungserteilung) stellt das Gesetz der Kündigung nicht gleich. Auch nennt es keine weiteren Umstände, derentwegen die Mahnung oder ein Surrogat ausnahmsweise entbehrlich sein sollen.

Als Mangel des geltenden Rechts kann man es vor allem verstehen, dass nur die kalendermäßige Berechenbarkeit seit der Kündigung eine Mahnung entbehrlich machen soll, § 284 Abs. 2 Satz 2. Die Rechtsprechung hat eine Ausdehnung auf andere Tatsachen abgelehnt. Diese Sonderstellung der Kündigung ist aber kaum gerechtfertigt. Andererseits hat die Rechtsprechung mehrere Fallgruppen entwickelt, bei denen die Mahnung oder ein Surrogat nicht für nötig gehalten werden. Wenigstens ein Teil dieser derzeit bloß nach § 242 zu behandelnden Fallgruppen kann gesetzlich geregelt werden.

Zu Absatz 1

Zu Satz 1

Der Entwurf trennt in Übereinstimmung mit dem Bürgerlichen Gesetzbuch die Regelung der Verzugsvoraussetzungen von der Regelung der Verzugsfolgen. Satz 1 entspricht dabei dem bisherigen § 284 Abs. 1 S. 1.

Zu Satz 2

Satz 2 übernimmt den bisherigen § 284 Abs. 1 S. 2. Die Schuldrechtskommission hatte vorgeschlagen, den schon bislang geregelten Mahnungssurrogaten die Fristbestimmung gleichzustellen. Gemeint war damit die Frist nach § 283 Abs. 1 Satz 1 und § 323 Abs. 1 Satz 1 KE, die den Übergang vom Primärleistungsanspruch auf die Sekundäransprüche einleitet. Die in § 284 Abs. 1 Satz 2 KE vorgeschlagene Formulierung „Bestimmung einer Frist“ kann jedoch zu Missverständnissen Anlass geben und den Eindruck erwecken, dass jede einseitige Fristsetzung, auch eine solche vor Fälligkeit geeignet sein soll, den Verzug zu begründen. Auch kann es Unklarheiten mit der Einordnung bloßer Fälligkeitsvereinbarungen geben. Der beabsichtigte Gleichlauf mit den Vorschriften über die aus dem Verzug folgenden Sekundäransprüche (§§ 281, 323 RE) ist aber schon deshalb erreicht, weil eine Fristbestimmung im Sinne des § 281 Abs. 1 und des § 323 Abs. 1, der gegenüber der Schuldner auch nicht einwenden kann, er habe mit weiteren Folgen nicht rechnen müssen (§ 281 Abs. 1 Satz 2 und § 323 Abs. 1 a. E.), stets eine Mahnung im Sinne des § 286 Abs. 1 Satz 1 RE darstellen wird.

Zu Absatz 2

Absatz 2 Nr. 1 stellt nur eine Umformulierung des geltenden § 284 Abs. 2 Satz 1 ohne sachliche Änderung dar.

Dagegen ist in Absatz 2 Nr. 2 gegenüber dem derzeitigen § 284 Abs. 2 S. 2 die „Kündigung“ durch ein „Ereignis“ ersetzt. Damit können jetzt auch andere Ereignisse als die Kündigung, nämlich etwa Lieferung oder Rechnungserteilung, zum Ausgangspunkt einer kalendermäßigen Berechnung gemacht werden. Der Zugang einer Rechnung zuzüglich Ablauf einer Frist von 30 Tagen führt allerdings auch gemäß Absatz 3 zum Verzug des Schuldners. Der Unterschied zu Absatz 2 Nr. 2 besteht darin, dass hier – wie auch im Übrigen nach Nummer 1 – die Leistungszeit nicht nur wie in Absatz 3 durch Gesetz, sondern auch in anderer Weise

„bestimmt“ sein kann. Wie bisher auch genügt allerdings eine einseitige Bestimmung nicht; in Betracht kommen vielmehr eine Bestimmung durch Gesetz, durch Urteil und vor allem durch Vertrag. Damit und mit Absatz 2 Nummer 1 wird Artikel 3 Abs. 1 Buchstabe a der Zahlungsverzugsrichtlinie umgesetzt. Danach muss eine Verpflichtung zur Zahlung von Verzugszinsen nach nationalem Recht vorgesehen sein, die mit dem ergebnislosen Ablauf des vertraglich vereinbarten Zahlungstermins oder der vereinbarten Zahlungsfrist einsetzt. § 286 Abs. 2 Nr. 1 und 2 enthält mit der Bezugnahme auf den Kalender ein Merkmal, das auch in Artikel 3 Abs. 1 Buchstabe a der Zahlungsverzugsrichtlinie anklingt, wenn dort von einem „Termin“ oder einer „Frist“ die Rede ist. Termine und Fristen lassen sich aber nur anhand des Kalenders zuverlässig in einer Weise feststellen, die es rechtfertigt, Verzugsfolgen an ihre Nichtbeachtung durch den Schuldner zu knüpfen. Allerdings wäre der bisherige § 284 Abs. 2 Satz 1 für eine Umsetzung der Zahlungsverzugsrichtlinie allein nicht ausreichend, weil dafür nach bisherigem Verständnis die bloße Berechenbarkeit nach dem Kalender in der Weise, wie sie jetzt § 286 Abs. 2 Nr. 2 RE vorsieht, nicht ausreicht. Wenn danach eine Berechenbarkeit „nach dem Kalender“ erforderlich ist, so bedeutet dies deshalb nicht eine nach der Zahlungsverzugsrichtlinie unzulässige Erschwerung des Verzugseintritts.

Hinsichtlich Nummer 2 kann sich die Frage stellen, ob die mit dem Ereignis beginnende Frist eine bestimmte, angemessene Länge haben muss oder ob sie auch auf Null schrumpfen kann („Zahlung sofort nach Lieferung“). Eine solche Klausel genügt indes für Absatz 2 Nr. 2 nicht. Denn sie bedeutet keine Fristsetzung, sondern lediglich eine für § 271 erhebliche Fälligkeitsbestimmung. Auch stellt sie keine Mahnung dar, da sie vor Eintritt der Fälligkeit erfolgt (§ 286 Abs. 1 Satz 1). Daher reicht sie zur Verzugsbegründung unter keinem Gesichtspunkt aus. Dies wird durch den Zusatz deutlich, dass es sich um eine angemessene Frist handeln muss. Auch diese bedeutet keinen Verstoß gegen die Umsetzungsverpflichtung aus Artikel 3 Abs. 1 Buchstabe a der Zahlungsverzugsrichtlinie. Vielmehr stellt § 286 Abs. 2 Nr. 2 RE auch insoweit lediglich eine Konkretisierung des von der Richtlinie genannten „Zahlungstermins“ dar, der wegen der nicht unerheblichen Folgen seiner Nichteinhaltung im Interesse der Klarheit und Transparenz für den Schuldner wenigstens kalendermäßig bestimmbar im Sinne des § 286 Abs. 2 Nr. 2 RE sein muss. Auch die Richtlinie geht davon aus, dass dem Schuldner wenigstens eine angemessene Zeit zur Verfügung stehen muss, um eine erhaltene Ware zu prüfen und die Zahlung zu bewirken. Das ergibt sich nicht zuletzt aus der Einführung der dreißigtägigen Frist in den Fällen des Artikels 3 Abs. 1 Buchstabe b der Zahlungsverzugsrichtlinie. Eine Klausel „Zahlung sofort nach Lieferung“ kann nach ihrem Wortsinn vom Schuldner gerade bei Distanzgeschäften kaum erfüllt werden, da er zumindest einen wenn auch kurzen Zeitraum braucht, um etwa eine Überweisung in Auftrag zu geben. „Sofort“ wäre also in jedem Fall auslegungsbedürftig in dem Sinne, dass dem Schuldner hierfür

eine gewisse Zeit zur Verfügung steht. Damit stellt dies aber gerade keinen eindeutig vereinbarten „Zahlungstermin“ im Sinne des Artikels 3 Abs. 1 Buchstabe a der Zahlungsverzugsrichtlinie dar, der den Eintritt der Verzinsungspflicht rechtfertigen könnte.

Neu gegenüber dem geltenden Recht ist Absatz 2 Nr. 3. Damit soll in Parallelität zu § 281 Abs. 2 und § 323 Abs. 2 RE – ebenso wie mit § 286 Absatz 2 Nr. 4 RE – die Rechtsprechung zur Entbehrlichkeit der Mahnung oder eines Mahnungssurrogats eingefangen werden. Es handelt sich um den allgemein anerkannten, derzeit aus § 242 hergeleiteten Fall einer ernsthaften und endgültigen Erfüllungsverweigerung durch den Schuldner.

Schließlich ist auch Absatz 2 Nr. 4 neu. Diese Bestimmung nennt besondere Umstände, die bei Abwägung der beiderseitigen Interessen den sofortigen Verzugseintritt rechtfertigen. Auch diese Fallgruppe ist bereits in der Rechtsprechung anerkannt. Sie soll nicht über den bisherigen Zuschnitt hinaus ausgedehnt werden. Hier ist einmal an ein die Mahnung verhinderndes Verhalten des Schuldners zu denken, insbesondere wenn dieser sich einer Mahnung entzieht (OLG Köln, NJW-RR 1999, 4 zu § 1632 Abs. 2) oder wenn er die Leistung zu einem bestimmten Termin selbst angekündigt hat und damit einer Mahnung zuvorgekommen ist. Zum anderen geht es aber auch um Pflichten, deren Erfüllung offensichtlich besonders eilig ist (Reparatur des Wasserrohrbruchs, BGH, NJW 1963, 1823) oder die überhaupt spontan zu erfüllen sind (so bei Aufklärungs- und Warnungspflichten).

Zu Absatz 3

Zu Satz 1

Absatz 3 baut auf dem bisherigen § 284 Abs. 3 auf, dem zufolge Verzug bei Geldforderungen nach fruchtlosem Ablauf einer Frist von 30 Tagen nach Zugang einer Rechnung eintritt. Das soll den Eintritt des Verzugs in den praktisch häufigen Fällen vereinfachen, in denen bei einer Geldschuld der Zahlung des Schuldners eine Rechnungserstellung durch den Gläubiger vorausgeht. Bis zur Schaffung dieser Vorschrift kam der Schuldner nicht schon allein dadurch in Verzug, dass er auf diese Rechnung nicht bezahlt. Vielmehr war zusätzlich noch eine Mahnung an den Schuldner zu richten. Das ist aber in aller Regel überflüssig, weil der Schuldner schon aus der Rechnung ersehen kann, wie viel er wofür zahlen soll. Es reicht deshalb aus, ihm eine Frist zur Überprüfung der Rechnung zuzubilligen, nach deren Ablauf er ohne weitere Mahnung in Verzug gerät.

Absatz 3 unterscheidet sich allerdings in einem wesentlichen Punkt vom geltenden Recht: Während das geltende Recht die 30-Tages-Regelung als eine Sonderregelung ausgestaltet hat, gilt nach Absatz 3 auch für Geldforderungen wieder das Mahnungssystem, das durch die 30-Tages-Regelung lediglich ergänzt wird. Verzug kann also bei Geldforderungen wieder durch Mahnung eintreten. Er tritt aber **spätestens** 30 Tage nach Fälligkeit und Erhalt einer Rechnung ein. Für diese Änderung sind im wesentlichen drei Gründe maßgeblich:

- Die Änderung entspricht der Zahlungsverzugsrichtlinie mehr als das bisherige Recht. Die Richtlinie geht davon aus, dass die Parteien kürzere Fristen frei vereinbaren können. Das ist zwar auch nach dem geltenden Recht grundsätzlich möglich, soweit es um den von der Richtlinie erfassten Geschäftsverkehr geht. Die Parteien müssen in diesem Fall aber § 307 RE (bisher § 9 AGBG) beachten, der Verkürzungen tendenziell erschwert. Mit der Neuregelung hat der Gläubiger die von der Richtlinie erwartete Sicherheit, dass er den Verzug wirklich früher herbeiführen kann. Diese Änderung entspricht im Übrigen auch einer weit verbreiteten Forderung nicht nur aus den Kreisen der Wirtschaft.

- Die Beibehaltung von § 284 Abs. 3 in seiner bisherigen Konstruktion würde dem Gläubiger die Durchsetzung seiner Rechte im Verzugsfall auch ansonsten erschweren. Der Schadensersatz statt der Leistung hängt sowohl nach geltendem als auch nach künftigem Recht davon ab, dass der Gläubiger den Schuldner zur Leistung auffordert und ihm eine angemessene Frist setzt. Hängt der Verzugseintritt bei Geldforderungen aber schon an sich von einer starren 30-Tages-Frist ab, führt das tendenziell dazu, dass das Gesetz den vertragsbrüchigen Schuldner begünstigt. Das kann aber nicht Ziel der Modernisierung sein.

- Die bisherige Verzugsregelung des § 284 Abs. 3 führt zu Brüchen bei der Anwendung anderer zivilrechtlicher Vorschriften. So kann Geschiedenenunterhalt gemäß § 1585b grundsätzlich nur für die Zukunft und nicht für die Vergangenheit verlangt werden. Rückwirkend kann der Unterhalt nur beansprucht werden, wenn der Unterhaltsschuldner in Verzug geraten ist. Bisher war dies durch Mahnung möglich. Seit dem 1. Mai 2000 tritt Verzug aber erst 30 Tage nach einer Zahlungsaufforderung ein. Der Unterhaltsgläubiger würde damit stets einen vollen Monat Unterhalt verlieren.

Der Entwurf schlägt deshalb vor, die 30-Tages-Regelung so umzugestalten, dass sie diesen Einwänden gerecht wird.

Eine weitere Änderung gegenüber dem bisherigen Recht bezieht sich auf den Anwendungsbereich: Absatz 3 wird nun auf nicht mehr nur auf Geldforderungen beschränkt, sondern auf alle Forderungen ausgedehnt. Das entspricht der Struktur des bisherigen § 284, jetzt § 286 RE, der für die Verzugsbegründung auch im Übrigen nicht nach der Art der Forderung unterscheidet. Tatsächlich ist der Gedanke der Vorschrift auch auf andere Forderungen übertragbar. Das belastet den Schuldner auch nicht in unzumutbarer Weise. Dabei ist zu bedenken, dass die Frist von 30 Tagen erst mit der Fälligkeit zu laufen beginnt. Es handelt sich also ohnehin um einen zusätzlichen Zeitraum ab dem Zeitpunkt, in dem der Schuldner nach dem Gesetz oder der vertraglichen Vereinbarung zu leisten verpflichtet ist und ab dem deshalb auch sogar eine Klage auf die Leistung Aussicht auf Erfolg hätte. § 286 Abs. 3 RE spricht nunmehr neben der Rechnung, die sich nur auf Geldforderungen bezieht, von einer gleichwertigen „Forderungsaufstellung“. Die Bezeichnung als „Leistungsaufforderung“ wurde bewusst vermieden, um die Abgrenzung zur Mahnung des § 286 Abs. 1 Satz 1 RE deutlicher zu machen. Eine Mahnung enthält nämlich auch stets eine Leistungsaufforderung. Für § 286 Abs. 3 RE soll aber eine Mitteilung des Gläubigers an den Schuldner ausreichen, die in ihrer Funktion einer Rechnung entspricht. Erforderlich ist also eine Aufstellung dessen, was der Gläubiger von dem Schuldner verlangt. Diesem üblichen Inhalt einer Rechnung muss auch die „Forderungsaufstellung“ bei anderen Forderungen entsprechen. In manchen Fällen wird das mit der Mahnung zusammenfallen. Dann hat § 286 Abs. 3 RE keine eigenständige Bedeutung, weil Verzug schon nach § 286 Abs. 1 Satz 1 RE mit dem Zugang der Mahnung eintritt. Die Anforderungen an die „Forderungsaufstellung“ sind aber geringer, so dass § 286 Abs. 3 RE dann zur Anwendung kommen kann, wenn der Gläubiger dem Schuldner lediglich seine Forderung mitgeteilt hat, ohne dass hierin bereits eine Mahnung im Sinne des Absatzes 1 gesehen werden kann.

Mit § 286 Abs. 3 RE wird Artikel 3 Abs. 1 Buchstabe b der Zahlungsverzugsrichtlinie umgesetzt. Nach dessen lit. i muss der Schuldner 30 Tage nach dem Zugang der Rechnung oder gleichwertigen Zahlungsaufforderung Verzugszinsen zahlen. Der von Artikel 3 Abs. 1 Buchstabe a der Richtlinie vorgesehene Vorrang einer vertraglichen Vereinbarung, die in den Grenzen des Artikels 3 Abs. 3 der Richtlinie auch einen längeren Zeitraum vorsehen kann, kommt dadurch zum Ausdruck, dass die Frist erst mit der Fälligkeit zu laufen beginnt. Eine vertragliche Vereinbarung über die Fälligkeit schiebt also den Fristbeginn hinaus.

Artikel 3 Abs. 1 Buchstabe b lit. ii der Zahlungsverzugsrichtlinie bestimmt, dass bei einer Unsicherheit über den Zeitpunkt des Eingangs der Rechnung die Frist von 30 Tagen mit dem Zugang der Güter oder Dienstleistungen, also der Gegenleistung, beginnt. Diese Bestimmung ist unklar. Sie betrifft nur den Streit über den „Zeitpunkt des Eingangs der Rechnung

oder gleichwertigen Zahlungsaufforderung“, also nicht den Streit darüber, ob überhaupt eine Rechnung zugegangen ist. Schon deshalb ist ihr Anwendungsbereich äußerst begrenzt. Sie führt aber auch zu eigenartigen Ergebnissen: Besteht Streit z. B. darüber, ob eine Rechnung dem Schuldner am 1.6. (so der Gläubiger) oder 5.6. (so der Schuldner) zugegangen ist, so soll es ohne sachlichen Grund und für die Parteien unerwartet darauf ankommen, dass die zu bezahlenden Waren bereits am 1.4. geliefert worden waren. In diesem Fall ergäbe sich nachträglich nur wegen des Streits über den genauen unstreitig späteren Zeitpunkt des Zugangs der Rechnung, dass der Schuldner bereits seit Anfang Mai in Verzug war, eine rückwirkende Verzugsbegründung wäre die Folge. Das wird in dieser Weise ausdrücklich in § 286 RE nicht geregelt. Allerdings ist es nach dem deutschem Recht so, dass bei einem gegenseitigen Vertrag, den Artikel 3 Abs. 1 Buchstabe b lit. ii der Zahlungsverzugsrichtlinie vor Augen hat, mit der Erbringung der Leistung die Einrede aus § 320 entfällt. Das Bestehen dieser Einrede hindert derzeit den Verzugseintritt. Daran soll sich nichts ändern, was sich aus Art. 3 Abs. 1 Buchstabe c der Zahlungsverzugsrichtlinie ergibt. Unmittelbar nach der Erbringung der Leistung kann deshalb der Gläubiger den Schuldner nach § 286 Abs. 1 Satz 1 RE durch Mahnung in Verzug setzen; diese Möglichkeit des deutschen Rechts entspricht den Absichten, die die Zahlungsverzugsrichtlinie in Artikel 3 Abs. 1 Buchstabe b lit. ii verfolgt.

Artikel 3 Abs. 1 Buchstabe b lit. iii der Zahlungsverzugsrichtlinie legt fest, dass die dreißigtägige Frist nicht vor dem Empfang der Leistung zu laufen beginnt, wenn die Rechnung bereits früher zugeht. Ein entsprechendes Ergebnis wird nach deutschem Recht über § 320 erzielt. Verzug kann deshalb vor dem Erhalt der Leistung, also solange diese Einrede besteht, nicht eintreten.

Artikel 3 Abs. 1 Buchstabe b lit. iv der Zahlungsverzugsrichtlinie betrifft den Fall eines dort näher beschriebenen Abnahmeverfahrens, das – soweit vertraglich oder gesetzlich vorgesehen – bei vorherigem Zugang der Rechnung für den Beginn der dreißigtägigen Frist maßgeblich sein soll. Als gesetzlicher Fall kommt nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch die Abnahme im Werkvertragsrecht in Betracht, mit der nach § 640 Abs. 1 die Fälligkeit des Werklohnanspruchs eintritt. Da § 286 Abs. 3 RE für den Beginn der Frist auf die Fälligkeit abstellt, wird ein der Richtlinie entsprechendes Ergebnis erzielt. Ähnliches gilt für den Fall der vertraglichen Vereinbarung eines entsprechenden Verfahrens. Man wird in einer derartigen Abrede stets zumindest eine die Fälligkeit hinausschiebende Stundung der Forderung für die Dauer des Überprüfungsverfahrens sehen müssen.

Zu Satz 2

Die 30-Tages-Regelung ist auch im Verhältnis zu Verbrauchern sachgerecht. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass an Verbraucher nicht die gleichen Anforderungen gestellt werden können wie an den Geschäftsverkehr. Deshalb bestimmt Satz 2, dass ihnen die Folgen auf der Rechnung mitgeteilt werden müssen.

Zu Absatz 4

In Absatz 4 wird die Verantwortlichkeit des Schuldners für den Verzug besonders genannt, für dessen Fehlen - durch die Wortfassung ausgedrückt - der Schuldner die Behauptungs- und Beweislast tragen soll. Die Vorschrift lehnt sich an den bisherigen § 285 an. Für den Schadensersatzanspruch steht das Erfordernis des Vertretenmüssens zwar schon in § 280 Abs. 1 Satz 2. Trotzdem muss auch § 286 ein entsprechendes Erfordernis enthalten: Dort sind ja auch die Voraussetzungen für die anderen Verzugsfolgen (Haftungsverschärfung, Verzugszinsen) geregelt.

Das entspricht auch der Zahlungsverzugsrichtlinie, die für die Verzinsungspflicht in Artikel 3 Abs. 1 Buchstabe c lit. ii die Verantwortlichkeit des Schuldners dafür voraussetzt, dass der Gläubiger den geschuldeten Geldbetrag nicht rechtzeitig erhalten hat.

Zu § 287 – Verantwortlichkeit während des Verzugs

Vorbemerkung

Möglicherweise unterliegt der Schuldner - etwa nach § 346 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 RE, nach den §§ 521, 599, 708 oder auch kraft Vereinbarung - zunächst nur einer gemilderten Haftung. Dann kann man zweifeln, ob diese Haftungsmilderung auch im Schuldnerverzug noch gerechtfertigt ist. Darüber hinaus kann man konsequenterweise sogar zu einer verschuldensunabhängigen Haftung gelangen. Denn hätte der Schuldner rechtzeitig geleistet, so wäre der Leistungsgegenstand sogar den unverschuldeten Gefahren aus der Sphäre des Schuldners nicht mehr ausgesetzt gewesen (allerdings dann den Gefahren aus der Sphäre des Gläubigers). Das Bürgerliche Gesetzbuch enthält die beiden eben angedeuteten Haftungsverschärfungen derzeit in den beiden Sätzen des § 287. Dabei wird in Satz 2 berücksichtigt, dass es auch Gefahren gibt, die den Leistungsgegenstand sowohl beim Schuldner als auch beim Gläubiger erreichen können (z. B. eine behördliche Beschlagnahme). Die beiden Prinzipien des geltenden Rechts sind in der Sache einleuchtend und sollen übernommen werden.

Zu Satz 1

Satz 1 entspricht ohne Änderungen dem bisherigen § 287 Satz 1. Der Entwurf folgt auch nicht der in der Reformdiskussion gelegentlich geäußerten Ansicht, die Vorschrift passe nur, wenn der Schuldner etwas Bestimmtes herauszugeben habe; vielmehr eignet sich Satz 1 etwa auch für Dienstleistungspflichten. Daher wird der derzeitige § 287 Satz 1 unverändert übernommen.

Zu Satz 2

Der Satz 2 des geltenden § 287 ist umformuliert worden: Die ungenaue Beschränkung auf die Unmöglichkeit ist fallengelassen. Der Vorschrift unterstehen z. B. auch Beschädigungen des Leistungsgegenstandes. Dann muss freilich zum Ausdruck gebracht werden, dass die verschuldensunabhängige Haftung nur hinsichtlich der eigentlichen Leistungspflichten gelten soll (das bezwecken die Worte „wegen der Leistung"). Dagegen soll es hinsichtlich der Schutzpflichten (§ 241 Abs. 2) bei der Verschuldenshaftung bleiben: Es darf z. B. auch im Schuldnerverzug keine verschuldensunabhängige Haftung für Beeinträchtigungen der Integrität des Gläubigers eintreten: Für sie gilt die oben dargestellte Kausalitätserwägung nicht.

Zu § 288 – Verzugszinsen

Zu Absatz 1

§ 288 bleibt von dem der Umsetzung der Zahlungsverzugsrichtlinie dienenden neuen Absatz 2 abgesehen im Wesentlichen unverändert. Der inhaltlich unveränderte Absatz 1 ist nun wegen der Einfügung eines weiteren Verzugszinssatzes in Absatz 2 in zwei Sätze aufgeteilt.

Es ist erwogen worden, angesichts der bereits in der Vergangenheit mit dem Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen vom 30. März 2000 vorgenommenen Erhöhung der Verzugszinsen für den Schuldner die Möglichkeit eines Nachweises vorzusehen, dass dem Gläubiger ein geringerer Schaden entstanden ist. Das hätte sich aber einseitig zu Lasten insbesondere von Verbrauchern ausgewirkt. Soweit ein Verbraucher Schuldner gegenüber einem Unternehmer ist, wäre ihm dieser Nachweis kaum gelungen, weil Unternehmer in aller Regel mit Krediten arbeiten, die mit entsprechenden Zinsen zurückzuführen sind. Ist umgekehrt ein Verbraucher Gläubiger, wie zum Beispiel der Käufer hinsichtlich des Anspruchs auf Rückzahlung des Kaufpreises nach Lieferung einer mangelhaften Sache durch den Verkäufer, so hätte er den höheren Zinssatz kaum je verlangen können, da dem Unternehmer der Nachweis, dass dem Verbraucher ein geringerer Schaden entstanden ist, sehr viel häufiger

gelingen wird. § 288 Abs. 1 RE belässt es deshalb bei der bisherigen Regelung, die diese Möglichkeit auch nicht vorsah.

Zu Absatz 2

Absatz 2 dient der Umsetzung des Artikels 3 Abs. 1 Buchstabe d der Richtlinie zur Bekämpfung des Zahlungsverzugs im Geschäftsverkehr. Dazu ist es erforderlich, den gesetzlichen Verzugszins für den Geschäftsverkehr anzuheben. Die Richtlinie fordert einen Zinssatz von 7 Prozentpunkten über dem Zinssatz für Hauptrefinanzierungsgeschäfte der Europäischen Zentralbank am jeweils ersten Bankgeschäftstag eines jeden Kalenderhalbjahres. Diese Regelung verwendet nicht nur eine um zwei Prozentpunkte höhere Marge als Absatz 1 Satz 2, sondern auch eine um etwa einen Prozentpunkt über dem Basiszinssatz liegende Bezugsgröße.

Nachdem § 247 RE die Anpassung der künftigen Veränderungen des Basiszinssatzes in zeitlicher und inhaltlicher Hinsicht an den von der Zahlungsverzugsrichtlinie vorgegebenen Zinssatz der EZB geknüpft hat, kann § 288 Abs. 2 RE sich darauf beschränken, den derzeitigen Unterschied bei der Bezugsgröße aufzunehmen. Da – wie erwähnt – der EZB-Zinssatz um einen Prozentpunkt über dem derzeitigen Basiszinssatz liegt, muss in § 288 Abs. 2 RE für den Gechäftsverkehr unter Unternehmern ein Zinssatz von 8 Prozentpunten über dem Basiszinssatz gewählt werden.

Eine Einstellung der Regelung in das Handelsgesetzbuch kommt nicht in Betracht. Dieses sah zwar bis zum Inkrafttreten des Gesetzes zur Beschleunigung fälliger Zahlungen vom 30. März 2000 (BGBl. I S. 330) einen besonderen Zinssatz für den Verzug bei Handelsgeschäften vor (§ 352 HGB). Diese Regelung ist aber seitdem aufgegeben worden. Sie lässt sich auch nicht wieder einführen, weil sie auch für andere Unternehmer als Kaufleute gelten muss. Dies wird auch nicht durch den mit dem Handelsrechtsreformgesetz vom 22. Juni 1998 (BGBl. I S. 1474) erleichterten Zugang zum Kaufmannsstand ermöglicht. Die Richtlinie gilt auch für die freien Berufe, die nicht Kaufmann sein können. Zum Geschäftsverkehr gehören nach der Richtlinie auch alle Geschäfte, an denen auf beiden Seiten Unternehmer und/oder juristische Personen des öffentlichen Rechts beteiligt sind. Eine solche Regelung hat im Bürgerlichen Gesetzbuch ihren Platz. Sie bildet den Inhalt des neuen Absatzes 2.

Zu den Absätzen 3 und 4

Die Absätze 3 und 4 übernehmen aus dem bisherigen Recht wörtlich § 288 Abs. 1 Satz 2 und § 288 Abs. 2.

Zu Nummer 10 – Änderung des § 291 Satz 2

Es handelt sich um eine redaktionelle Anpassung der Verweisungen auf § 288 RE an die Umstellungen innerhalb dieser Vorschrift.

Zu Nummer 11 – Neufassung des § 296

Mit der Neufassung wird Satz 2 an § 286 Abs. 2 Nr. 2 RE angepasst, zu dem er das „Spiegelbild“ darstellt. Dazu ist die „Kündigung“ durch „Ereignis“ zu ersetzen. Wegen der Hintergründe hierfür kann auf die Begründung zu § 286 Bezug genommen werden.

Zu Nummer 12 – Voranstellung eines neuen Abschnitts vor dem zweiten Abschnitt im zweiten Buch

Vorbemerkung

Der bisherige Abschnitt 2 des zweiten Buches enthält allgemeine Regelungen für Schuldverhältnisse aus Verträgen. Vor diesen Abschnitt wird der materiell-rechtliche Teil des AGB-Gesetzes in das Bürgerliche Gesetzbuch als neuer Abschnitt 2 eingefügt. Hiermit soll zunächst erreicht werden, dass das Schuldrecht übersichtlicher wird. Dessen Übersichtlichkeit leidet unter der zunehmenden Zahl von Sondergesetzen, die mit diesem Gesetz sämtlich in das Bürgerliche Gesetzbuch integriert werden sollen. Die damit angestrebte Vereinfachung lässt sich nur erreichen, wenn nicht nur einige, sondern alle Sondergesetze neben dem Bürgerlichen Gesetzbuch in dieses integriert werden. Speziell beim AGB-Gesetz liegt eine solche Integration auch inhaltlich besonders nahe. Das AGB-Gesetz ist eng verwoben mit den Bestimmungen des Schuldrechts des BGB. Seine Aufgabe ist es nämlich sicherzustellen, dass die Parteien ihre grundsätzliche Freiheit, von den Vorschriften des Schuldrechts im Bürgerlichen Gesetzbuch abzuweichen, nicht missbrauchen. Deshalb schreibt das AGB-Gesetz auch vor, dass allgemeine Geschäftsbedingungen am Leitbild des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu messen sind. Die in der Praxis besonders häufig vorkommenden Abweichungen von Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs werden vor allem in den §§ 10 und 11 AGBG besonders hervorgehoben. Im Grunde ergibt sich erst aus dem AGB-Gesetz, inwieweit wirklich von den Vorschriften des Schuldrechts des Bürgerlichen Gesetzbuchs abgewichen werden kann. Derartige Vorschriften finden in einem neuen Abschnitt 2 einen inhaltlich adäquaten und auch sehr prominenten Standort.

Dieser – prominente - Standort im Allgemeinen Teil des Schuldrechts trägt dem Umstand Rechnung, dass das AGB-Gesetz seinen Ursprung eben dort hat: Da das gesetzliche Schuldrecht weitgehend dispositives Recht darstellt, sah sich der Gesetzgeber aus sozialstaatlichen und wirtschaftspolitischen Gründen gezwungen, der Vertragsgestaltungsfreiheit jedenfalls in den Fällen Grenzen zu setzen und ein ausreichendes Maß an Vertragsgerechtigkeit sicherzustellen, in denen die Dispositionsfreiheit einseitig zu Gunsten der einen Vertragspartei („Verwender“) ausgenutzt wird und zu einer unangemessenen Benachteiligung des anderen Vertragsteils führt. Das AGB-Gesetz ist daher von seinem Schutzzweck und Zuschnitt auf die Kontrolle schuldrechtlicher Verträge ausgerichtet. Dort findet es auch in der Praxis seinen ganz überwiegenden Anwendungsbereich, so dass es folgerichtig ist, die Vorschriften über das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen in das Allgemeine Schuldrecht einzustellen. Durch diesen Standort soll freilich nicht eine Einschränkung des Anwendungsbereichs allein auf Schuldverträge bewirkt, sondern lediglich der Schwerpunkt des Anwendungsbereichs betont werden. Dies steht einer Anwendung der Vorschriften z. B. auf Verträge aus dem Gebiet des Sachenrechts (wie Sicherungsgeschäfte) oder auf einseitige Rechtsgeschäfte, die mit einer vertraglichen Beziehung im Zusammenhang stehen, nicht entgegen.

Gelegentlich wird gegen die Integration des AGB-Gesetzes eingewandt, dass diese dessen Eigenständigkeit nicht gerecht würde (Ulmer in: Schulze/Schulte-Nölke, aaO S. 239). Dieses Argument vermag nicht zu überzeugen. Das AGB-Gesetz kann seine Funktion gar nicht erfüllen, wenn es nicht den gleichen Prinzipien folgen würde wie das Bürgerliche Gesetzbuch selbst. Die Gestaltung ganzer Rechtsgebiete durch Allgemeine Geschäftsbedingungen, auf die Ulmer (wie vor) hingewiesen hat, ist keine Ausprägung einer Eigenart des AGB-Gesetzes, sondern typisch für das Bürgerliche Gesetzbuch, das sich im besonderen Teil des Schuldrechts auf die wichtigsten Vertragstypen beschränkt und in § 305 (jetzt: § 311 Abs. 1 RE) ganz bewusst der Gestaltungsfreiheit insbesondere auch der Wirtschaft breiten Raum gibt. Dass diese Freiheit nicht grenzenlos sein kann, ist ebenfalls kein Spezifikum des AGB-Gesetzes, sondern des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Dieses ist von Anfang an auf den Schutz des Schwächeren, damals noch als Schuldnerschutz bezeichnet, ausgerichtet gewesen. Diese Eigenart hat sich in den letzten Jahrzehnten weit ausgeprägt. Und das AGB-Gesetz hat insoweit das Bürgerliche Gesetzbuch verändert. Das alles belegt aber, dass das AGB-Gesetz und das Bürgerliche Gesetzbuch inhaltlich so eng verwoben sind, dass man sie nicht mehr trennen kann. Dies müsste im Gegenteil sogar verhindert werden, wenn man die Einheit des Zivilrechts erhalten will. Die sich jetzt bietende Möglichkeit, zusammenzuführen, was zusammen gehört, will der Entwurf nutzen.

Die Zusammenfassung des materiellrechtlichen Teils des AGB-Gesetzes in einem eigenen Abschnitt soll zum einen dessen Bedeutung hervorheben und zum anderen das im AGB-Gesetz enthaltene (geschlossene) System aufrechterhalten. Die „en-bloc"-Übernahme und die Regelung in einem eigenen Abschnitt macht es zugleich für die Rechtspraxis leichter, die Vorschriften aufzufinden und anzuwenden. Der Rechtsanwender des AGB-Gesetzes ist an dessen Systematik, die sich bewährt hat, gewöhnt. Demgegenüber würde eine Zergliederung der materiellrechtlichen Vorschriften des AGB-Gesetzes und Verteilung auf unterschiedliche Bereiche der ersten zwei Bücher des Bürgerlichen Gesetzbuchs – wie zum Teil von Seiten der Wissenschaft vorgeschlagen (z. B. Pfeiffer in: Ernst/Zimmermann, S. 481 ff., 502 ff.; Dörner in: Schulze/Schulte-Nölke, S. 187, 190) - zur Unübersichtlichkeit führen und der jetzigen Transparenz und Regelungsdogmatik des AGB-Gesetzes zuwiderlaufen (dagegen auch Ulmer in: Schulze/Schulte-Nölke, S. 229 ff., 235 f.). Zwar könnten einzelne Teilbereiche des AGB-Gesetzes, etwa die Definition der Allgemeinen Geschäftsbedingungen und die Regelungen über die Einbeziehungskontrolle oder auch die Rechtsfolgen bei Nichteinbeziehung und Unwirksamkeit herausgelöst und in den Allgemeinen Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs eingestellt werden. Bereits bei der Frage nach dem „richtigen" Standort für die Generalklausel des bisherigen § 9 AGBG entstünden indessen Zweifel. Insoweit käme eine Zuordnung zu § 138, § 157 oder auch § 242 BGB in Betracht. Auch die Auflösung der Klauseltatbestände der bisherigen §§ 10, 11 AGBG würde erhebliche Schwierigkeiten bereiten und zu Unebenheiten führen, wenn man sie den diversen Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs zuordnen wollte. Denn zahlreiche Klauselverbote berühren – für sich genommen – ganz unterschiedliche Bereiche des Bürgerlichen Gesetzbuchs, so dass die Platzierung an einer bestimmten Stelle nicht überzeugen könnte. Daher ist – nach dem Vorbild des niederländischen Rechts - von einer Zergliederung des AGB-Gesetzes abgesehen und die en-bloc-Übernahme vorgezogen worden.

Inhaltlich sind mit der Integration des AGB-Gesetzes lediglich geringe Änderungen der jetzigen Vorschriften verbunden. Diese Änderungen beruhen zum einen darauf, dass die AGB-Vorschriften notwendigerweise an die mit diesem Gesetzesentwurf vorgeschlagenen Änderungen im Schuldrecht anzupassen sind. Zum anderen besteht an einigen Stellen des heutigen AGB-Gesetzes anerkanntermaßen Fortschreibungsbedarf. Dies betrifft insbesondere Fragen zur Umsetzung der sog. Klauselrichtlinie 93/13/EWG sowie derzeit bestehende Ausnahmen vom Anwendungsbereich des AGB-Gesetzes, die sich auf Grund zunehmender Privatisierung etwa im Bereich der Telekommunikationsbranche heute nicht mehr rechtfertigen lassen, sowie einige wenige Bereiche, in denen Rechtsprechung und Lehre bei der Anwendung des AGB-Gesetzes Klarstellungsbedarf gesehen haben. Der Entwurf greift diese Fra-

gen auf und schreibt insoweit das AGB-Gesetz durch Ergänzungen und teilweise Neuformulierungen fort, die aber im Ergebnis Rechtsprechung und Lehre zur Anwendung des AGB-Gesetzes entsprechen. Im Übrigen werden die materiellen Vorschriften des bisherigen AGB-Gesetzes weitestgehend wörtlich übernommen, lediglich zum Teil zusammengefasst. Auch die Reihenfolge der Vorschriften bleibt – soweit möglich – unverändert.

Zu Abschnitt 2 – Gestaltung rechtsgeschäftlicher Schuldverhältnisse durch Allgemeine Geschäftsbedingungen

Zu § 305 – Einbeziehung allgemeiner Geschäftsbedingungen in den Vertrag

Zu Absatz 1

Absatz 1 entspricht wörtlich dem bisherigen § 1 Abs. 1 und 2 AGBG. Der bisher auf zwei Absätze verteilte Inhalt der Vorschrift wird wortgleich in einem Absatz zusammengeführt. Inhaltliche Abweichungen ergeben sich hierdurch nicht.

Zu Absatz 2

Absatz 2 entspricht wörtlich dem bisherigen § 2 Abs. 1 AGBG. Er enthält in der Nummer 2 lediglich eine klarstellende Ergänzung zur Frage der Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, wenn die andere Vertragspartei auf Grund einer körperlichen Behinderung in ihrer Wahrnehmungsfähigkeit beeinträchtigt ist (insbesondere Menschen mit einer Sehbehinderung). In Rechtsprechung und Lehre wird dieser Fall entweder gar nicht oder lediglich ganz am Rande behandelt, so dass hier Klarstellungsbedarf besteht. Die von der Rechtsprechung zur Frage der zumutbaren Kenntnisverschaffung entwickelten allgemeinen Grundsätze passen nämlich bei Vertragspartnern, die in ihrer Wahrnehmungsfähigkeit eingeschränkt sind, regelmäßig nicht. Menschen mit einer Sehbehinderung werden trotz ausdrücklichen Hinweises auf die Geltung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen und ihres Aushangs oder ihres Ausliegens in Papierform am Ort des Vertragsschlusses in aller Regel nicht die Möglichkeit haben, von deren Inhalt in zumutbarer Weise Kenntnis zu nehmen. Vielmehr bedürfen sie insoweit weiterer Hilfsmittel wie etwa der Übergabe der Allgemeinen Geschäftsbedingungen in einer Form, die ihnen die Kenntnisnahme vor Vertragsschluss ermöglicht. Dies kann im Einzelfall durch Übergabe in elektronischer oder akustischer Form oder auch in Braille-Schrift erfolgen. Die Ergänzung des Gesetzestextes soll dem Rechtsanwender dieses Zusatzerfordernis vor Augen halten und verdeutlichen, dass die Beantwortung der Frage der zumutbaren Kenntnisverschaffung nicht allein objektiv am „durchschnittlichen“ Kunden gemessen werden darf, sondern auch eine körperlich bedingte Einschrän-

kung der Wahrnehmungsfähigkeit der jeweiligen Vertragspartei berücksichtigen muss. Dies bedeutet freilich nicht, dass dem Verwender auferlegt würde, seine Allgemeinen Geschäftsbedingungen – je nach Kunden und Sehkraft – in unterschiedlichen Schriftgrößen bereitzuhalten. Insoweit muss es weiterhin bei einem verobjektivierten Maßstab bleiben, wonach Zumutbarkeit zu bejahen ist, wenn die Allgemeinen Geschäftsbedingungen nach Art und Größe des Schriftbildes für einen Durchschnittskunden nicht nur mit Mühe lesbar sind. Von diesem verobjektivierten Maßstab ist indessen dann abzuweichen, wenn die andere Vertragspartei an der Wahrnehmung auf Grund einer körperlichen Behinderung gehindert ist und dem Verwender diese Behinderung erkennbar war. Auch müssen Allgemeine Geschäftsbedingungen wie bisher nicht auf die konkreten mentalen Erkenntnismöglichkeiten des Einzelnen zugeschnitten sein.

Zu Absatz 3

Absatz 3 entspricht wortgleich dem bisherigen § 2 Abs. 2 AGBG.

Zu § 305a – Einbeziehung in besonderen Fällen

Nach dem bisherigen § 2 AGBG, der inhaltsgleich in § 305 Absatz 2 RE aufgeht, können Allgemeine Geschäftsbedingungen in einen Vertrag nur einbezogen werden, wenn der andere Vertragspartner auf diese allgemeinen Geschäftsbedingungen hingewiesen und ihm eine zumutbare Möglichkeit der Kenntnisnahme von den Allgemeinen Geschäftsbedingungen verschafft wird. Dieser Grundsatz soll gegenüber dem geltenden Recht verstärkt werden. Das AGB-Gesetz lässt im bisherigen § 23 Abs. 2 Nr. 1, 1a und 1b sowie § 23 Abs. 3 Ausnahmen von diesem Grundsatz zu. Das führt dazu, dass in den dort aufgeführten Fallgruppen eine Einbeziehung von allgemeinen Geschäftsbedingungen auch möglich ist, wenn der andere Teil nicht auf die allgemeinen Geschäftsbedingungen hingewiesen wird und auch keine zumutbare Möglichkeit der Kenntnisnahme erhält. In einem Teil dieser Fälle erscheinen die bisher bestehenden Ausnahmen auch weiterhin gerechtfertigt. In einem anderen Teil ist das allerdings nicht der Fall. Im Einzelnen ist hierzu Folgendes zu bemerken:

Zu Nummer 1

Nach dem bisherigen § 23 Abs. 3 AGBG werden die von der zuständigen Behörde genehmigten allgemeinen Bausparbedingungen sowie die Bedingungen für das Verhältnis zwischen einer Kapitalanlagegesellschaft und einem Anteilinhaber Vertragsbestandteil, auch ohne dass die Anforderungen des bisherigen § 2 AGBG erfüllt werden, vorausgesetzt aller-

dings, dass die Geltung dieser Bedingungen im Vertrag verabredet worden ist. Diese Ausnahme vom bisherigen § 2 AGBG wird in Nummer 1 vollinhaltlich übernommen. Lediglich die Formulierung wird an die neue Regelungsstruktur angepasst.

Nicht erwähnt werden die im geltenden § 23 Abs. 3 AGBG noch angesprochenen allgemeinen Bedingungen für Versicherungsverträge. Diese Ausnahme des § 23 Abs. 3 AGBG ist durch die weitere Rechtsentwicklung überholt worden und läuft bereits gegenwärtig leer. Die Genehmigungspflicht für Versicherungsvertragsbedingungen ist nämlich durch Artikel 1 des Dritten Durchführungsgesetzes/EWG vom 21. Juli 1994 (BGBl. I S. 1630) mit Wirkung vom 29. Juli 1994 generell entfallen. Nach § 5 Abs. 5 Nr. 1 des Versicherungsaufsichtsgesetzes besteht zwar weiterhin eine Pflicht zur Einreichung allgemeiner Versicherungsbedingungen für die Krankenversicherung sowie für Pflichtversicherungen. Das ist jedoch kein Genehmigungserfordernis, das den bisherigen § 23 Abs. 3 AGBG anwendbar macht. Im Übrigen besteht für Versicherungsunternehmen auch die Möglichkeit, Versicherungsbedingungen auf freiwilliger Basis dem Bundesamt für Versicherungswesen vor Markteinführung zur Prüfung vorzulegen. Gibt die Aufsichtsbehörde hierzu eine billigende Erklärung ab, kann aber auch diese nicht als behördliche Genehmigung aufgefasst werden, die die Rechtsfolgen des § 23 Abs. 3 auszulösen vermag. Infolge dessen kann die Erwähnung der Versicherungsverträge in der Nummer 1 entfallen. Damit wird auch textlich klargestellt, dass allgemeine Versicherungsbedingungen nur unter den Voraussetzungen des bisherigen § 2 AGBG und des jetzigen § 305 Abs. 2 in den Vertrag mit einbezogen werden können. Allerdings bleibt die Privilegierung von AVB bei Vertragseinbeziehung in gewissem Umfang dadurch erhalten, dass sie nach § 5a Abs. 1 nF VVG auch ohne Einhaltung der Erfordernisse des bisherigen § 2 Abs. 1 AGBG Vertragsbestandteil werden, wenn der Versicherer die Versicherungsbedingungen nachträglich übersendet und der Versicherungsnehmer ihrer Geltung nicht innerhalb von 14 Tagen schriftlich widerspricht. Diese Privilegierung bleibt auch bei der vorgeschlagenen textlichen Neufassung bestehen.

Zu Nummer 2

Nach bisherigem § 23 Abs. 2 Nr. 1 ist der geltende § 2 AGBG nicht anzuwenden auf die mit Genehmigung der zuständigen Verkehrsbehörde oder auf Grund von internationalen Übereinkommen erlassenen Tarif- und Ausführungsbestimmungen der Eisenbahn und die nach Maßgabe des Personenbeförderungsgesetzes genehmigten Beförderungsbedingungen der Straßenbahnen, O-Busse und Kraftfahrzeuge im Linienverkehr. Diese Ausnahme ist wegen der fortbestehenden Sonderbedingungen in diesem Bereich auch weiterhin gerechtfertigt.

Sie wird in Nummer 2 vollinhaltlich übernommen. Eine wörtliche Übernahme kommt wegen der anderen Regelungsstruktur nicht in Betracht.

Zu Nummer 3

Der bisherige § 2 AGBG ist derzeit auch nicht anwendbar für die Einbeziehung der allgemeinen Geschäftsbedingungen der Anbieter von Telekommunikationsleistungen sowie der Deutschen Post AG für Leistungen im Rahmen des Beförderungsvorbehalts nach dem Postgesetz, sofern sie in ihrem Wortlaut im Amtsblatt der Regulierungsbehörde veröffentlicht worden sind und bei den Geschäftsstellen der Anbieter zur Einsichtnahme bereitgehalten werden. Diese Ausnahme ist vom Gesetzgeber allerdings nicht als Dauerregelung gedacht. Sie sollte den betroffenen Unternehmen nur den Einstieg in ein privatwirtschaftliches Wirtschaften erlauben. Deshalb ist sie nach dem geltenden § 30 Satz 3 AGBG auch bis zum Ablauf des 31. Dezember 2002 befristet. Mit Rücksicht auf diese ohnehin bestehende Befristung sollen die beiden Ausnahmen im Grundsatz aufgehoben werden. An deren Stelle treten zwei engere Ausnahmen, die an die Art des jeweiligen Vertragsschlusses anknüpfen (Einwurf in Briefkästen, Call-by-Call-Verfahren) und bei denen die Einhaltung der Erfordernisse des bisherigen § 2 Abs. 1 AGBG aus praktischen Gründen nicht gefordert werden kann. Im Einzelnen:

Die Ausnahmeregelung des bisherigen § 23 Abs. 2 Nr. 1a und 1b AGBG hatte ihre Rechtfertigung in der Art der Verträge (Massengeschäft) und der starken öffentlichen Kontrolle durch die Regulierungsbehörde (vgl. § 23 Telekommunikationsgesetz), die unverhältnismäßige Nachteile zu Lasten des Kunden ausschloss. Die Grenzen solcher Kontrolle und der Grundsatz der Gleichbehandlung gegenüber anderen Branchen, die fernmündlich Massengeschäfte unter Berücksichtigung des bisherigen § 2 AGBG abschließen, zwingen zu einer Aufgabe der Privilegien für die Nachfolgeunternehmen der früheren Teilunternehmen der Deutschen Bundespost. Gerade das für die Beibehaltung der Privilegierung vorgebrachte Argument, dass sonst telefonische und sonstige Vertragsabschlüsse unter Nutzung neuer Medien erschwert würden, macht das derzeit bestehende Ungleichgewicht deutlich: Während alle anderen Unternehmen beim Abschluss von Verträgen per Telefon oder per Internet die Erfordernisse des bisherigen § 2 Abs. 1 AGBG einhalten müssen, brauchen dies die Unternehmen der Telekommunikationsbranche nicht. Dieser Unterschied ist auch vor dem Hintergrund, dass die Allgemeinen Geschäftsbedingungen im Amtsblatt der Regulierungsbehörde veröffentlicht sein müssen, nicht mehr zu rechtfertigen. Für den Kunden bedeutet dies nämlich einen erheblichen Verlust an Transparenz, der lediglich für eine Übergangszeit hinnehmbar war. Dem Kunden steht in aller Regel das Amtsblatt der Regulierungsbehörde nicht

zur Verfügung. Die Geschäftsstelle seines Unternehmens wird er normalerweise nicht aufsuchen, da er mit „seinem“ Telekommunikationsunternehmen zumeist telefonisch, brieflich oder auf elektronischem Wege kommunizieren wird. Für ihn besteht also ein dringendes Interesse daran, dass ihm – wie beim Vertragsabschluss mit anderen Unternehmen mittels Fernkommunikationsmitteln auch - die allgemeinen Geschäftsbedingungen und etwaige Änderungen bekannt gemacht werden. Nur wenn er ausdrücklich auf die Möglichkeit der Kenntnisnahme vor Vertragsabschluss verzichtet, kann also die Zurverfügungstellung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen unterbleiben. Im Übrigen ist zu berücksichtigen, dass zukünftig bei Vertragsschlüssen im elektronischen Geschäftsverkehr ohnehin alle Unternehmen verpflichtet sein werden, ihren Kunden sämtliche Vertragsbedingungen zur Verfügung zu stellen und dass sie bereits jetzt bei Verträgen im „Fernabsatz“ die im Fernabsatzgesetz bestimmten Informationspflichten zu beachten haben. Schwierigkeiten für die Unternehmen sind nicht zu befürchten. Ihnen wird nur zugemutet, was allen anderen Unternehmen seit Jahrzehnten problemlos praktizieren.

Der Wegfall der Privilegierung führt auch dazu, dass die Telekommunikationsunternehmen – wie derzeit bereits alle anderen Unternehmen auch – grundsätzlich die Einbeziehungsvoraussetzungen des bisherigen § 2 Abs. 1 AGBG auch bei Änderungen ihrer Allgemeinen Geschäftsbedingungen im Rahmen eines laufenden Vertragsverhältnisses einhalten müssen, während sie derzeit gemäß § 28 Abs. 3 Telekommunikationskundenschutzverordnung (1997) die Möglichkeit hatten, ihre Kunden über Änderungen ihrer Allgemeinen Geschäftsbedingungen „in geeigneter Weise“ zu informieren, ohne diesen die gesamten – geänderten – Geschäftsbedingungen zur Verfügung stellen zu müssen, solange der Kunde im Falle der Änderung zu seinen Ungunsten auf ein bestehendes Kündigungsrecht hingewiesen wurde. Auch wenn diese Regelung vor dem Hintergrund entstanden ist, dass die Telekommunikationsunternehmen hinsichtlich der Einbeziehungsvoraussetzungen des bisherigen § 2 Abs. 1 AGBG privilegiert sind, sind ähnliche Änderungsklauseln auch in den Geschäftsbedingungen von Unternehmen, die den Erfordernissen des bisherigen § 2 Abs. 1 AGBG unterworfen sind, seit langem als zulässig anerkannt. So sieht etwa Nr. 1 Abs. 2 AGB-Banken vor, dass Änderungen der Geschäftsbedingungen dem Kunden schriftlich bekannt zu geben sind und als vom Kunden genehmigt gelten, wenn der Kunde nicht binnen angemessener Frist widerspricht. Derartige Änderungsklauseln sind dann zulässig, wenn der Verwender sich in der Änderungsklausel verpflichtet, den Kunden bei Beginn der Frist auf die Bedeutung seines Verhaltens besonders hinzuweisen, und der Verwender im Übrigen den Kunden über die Änderungen in hervorgehobener Form, etwa durch eine synoptische Gegenüberstellung oder durch Hervorhebung der Änderungen in Fettdruck oder durch ein Ergänzungsblatt der AGB, besonders informiert (Ulmer in: Ulmer/Brandner/Hensen, § 2 Rdn. 64; obiter auch BGH, NJW

1998, 3188, 3190 für Telekom). Unzulässig sind nur Klauseln, in denen sich der Unternehmer ein einseitiges Anpassungsrecht vorbehält (BGH, NJW 1999, 1865, 1866). Vor diesem Hintergrund bestand kein Anlass, in die Vorschriften zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen eine dem § 28 Abs. 3 Telekommunikationskundenschutzverordnung entsprechende Bestimmung aufzunehmen. Vielmehr können die Telekommunikationsunternehmen trotz des Wegfalls der Einbeziehungsprivilegierung zukünftig weiterhin in Übereinstimmung zu den in der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen entsprechende Änderungsklauseln in ihre Allgemeinen Geschäftsbedingungen aufnehmen, um auf diese Weise den praktischen Schwierigkeiten, die mit der Änderung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen im Massengeschäft verbunden sind und die zur Aufnahme einer Änderungsklausel zwingen, entgegnen zu können.

§ 305a Nr. 3 RE lässt indessen auf Dauer und nicht mehr, wie bisher, befristet, zwei eng begrenzte Ausnahmen von den Einbeziehungsvoraussetzungen des bisherigen § 2 Abs. 1 AGBG für Allgemeine Geschäftsbedingungen, die im Amtsblatt der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post veröffentlicht sind und in den Geschäftsstellen des Verwenders bereitgehalten werden, zu:

Zu Buchstabe a

Buchstabe a erfasst alle Fälle, in denen der Vertragsschluss durch Einwurf einer Postsendung in einen Briefkasten zustande kommt. Damit wird dem Umstand Rechnung getragen, dass ein Großteil der Verträge über die Beförderung von Postsendungen im postalischen Massenverkehr nicht durch Abgabe einer Postsendung am Schalter einer Postfiliale, sondern durch den Einwurf in die von der Deutschen Post AG bundesweit aufgestellten Briefkästen geschlossen wird. Der Beförderungsvertrag kommt dabei unmittelbar durch die Einlegung der Postsendung in den Briefkasten (= Übergabe an die Deutsche Post AG) zustande. Diese besondere Form des Vertragsschlusses bringt es mit sich, dass dem Kunden die maßgeblichen Geschäftsbedingungen aus praktischen Gründen nicht zur Kenntnis gebracht werden können. Denn ein Bekleben der Briefkästen birgt nicht nur die Gefahr des Überschreibens oder der Beseitigung durch dritte Personen, sondern ist auch auf Grund des Umfangs der Allgemeinen Geschäftsbedingungen praktisch nicht durchführbar, so dass eine Privilegierung unverzichtbar ist. Diese betrifft nicht nur die Deutsche Post AG, sondern im Hinblick auf eine Liberalisierung der Postmärkte auch alle sonstigen (privaten) Postdienstleister, sofern sie zukünftig Briefkästen aufstellen. Die bisherige Begrenzung der Privilegierung auf die Deutsche Post AG ist daher zugunsten sonstiger Postdienstleister aufgehoben worden.

Zu Buchstabe b

Buchstabe b erfasst Vertragsschlüsse im sog. Call-by-Call-Verfahren sowie Verträge über Mehrwert- und Informationsdienste, die während der Dauer einer Telefonverbindung, welche das jeweilige Telekommunikationsunternehmen bereithält, „in einem Mal“ erbracht werden. Die Formulierung ist an die Ausnahmeregelung im bisherigen § 3 Abs. 2 Satz 3 FernAbsG angelehnt und soll dem Umstand Rechnung tragen, dass der Telekommunikationsanbieter im offenen Call-by-Call-Verfahren (vgl. § 43 Abs. 6 Telekommunikationsgesetz), das lediglich in der Herstellung einer Telefonverbindung besteht, und bei der Erbringung von Mehrwertdiensten (z. B. 0190-Verbindungen) oder Informationsdiensten (z. B. Telefonauskunft) keine Möglichkeit hat, dem Anrufer den Inhalt der Allgemeinen Geschäftsbedingungen ohne erheblichen Zeitverlust für den anrufenden Kunden bekannt zu machen. Hier besteht aber von Seiten des Kunden gerade ein Bedürfnis nach einer möglichst schnellen Verbindung bzw. einer möglichst schnellen Erbringung der jeweiligen Dienstleistung, so dass der mit der Erleichterung der Einbeziehungsvoraussetzungen verbundene Transparenzverlust hier hinnehmbar und vom Kunden gerade gewollt ist. Die Privilegierung setzt voraus, dass die Dienstleistung unmittelbar durch den Einsatz von Fernkommunikationsmitteln (derzeit definiert in § 1 Abs. 2 FernAbsG = § 312b Abs. 2 RE) und vollständig während der Erbringung einer Telekommunikationsdienstleistung, die in der Regel im Aufrechterhalten einer Telefonverbindung besteht, erfolgt. Denn hier ist es den Telekommunikationsunternehmen in aller Regel nur unter unverhältnismäßigen Schwierigkeiten möglich, ihre Allgemeinen Geschäftsbedingungen dem Kunden vor Vertragsschluss zugänglich zu machen. Die im 2. Halbsatz des Buchstaben b aufgeführte Bedingung ist hier also zu vermuten. Dagegen sind telefonische Verträge über Dienstleistungen, die erst nach Beendigung der Telefonverbindung erfüllt werden, nicht erfasst.

Zu § 305b - Vorrang der Individualabrede

§ 305b RE entspricht wörtlich dem bisherigen § 4 AGBG.

Zu § 305c – Überraschende und mehrdeutige Klauseln

Zu Absatz 1

Absatz 1 entspricht wörtlich dem bisherigen § 3 AGBG.

Zu Absatz 2

Absatz 2 entspricht wörtlich dem bisherigen § 5 AGBG.

Zu § 306 – Rechtsfolgen bei Nichteinbeziehung und Unwirksamkeit

§ 306 RE entspricht wörtlich dem bisherigen § 6 AGBG.

Zu § 306a – Umgehungsverbot

§ 306a RE entspricht inhaltlich dem bisherigen § 7 AGBG. Durch die Integration des AGB-Gesetzes in das Bürgerliche Gesetzbuch war die Formulierung „Dieses Gesetz“ durch die Formulierung „Die Vorschriften dieses Abschnitts“ zu ersetzen. Eine inhaltliche Änderung ist damit nicht verbunden.

Zu § 307 – Inhaltskontrolle

Zu Absatz 1

Absatz 1 entspricht wörtlich dem bisherigen § 9 Abs. 1 AGBG. Er übernimmt den Grundsatz, dass allgemeine Geschäftsbedingungen den anderen Teil nicht unangemessen benachteiligen dürfen.

Zu Absatz 2

Absatz 2 entspricht bis zur Nummer 2 wörtlich dem bisherigen § 9 Abs. 2 AGBG, wonach eine unangemessene Benachteiligung im Zweifel dann anzunehmen ist, wenn die Geschäftsbedingungen mit den wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist oder wenn wesentliche Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrags ergeben, so eingeschränkt werden, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist.

Zusätzlich ist in Absatz 2 die Nummer 3 aufgenommen worden, wonach eine Klausel in Allgemeinen Geschäftsbedingungen im Zweifel auch dann unangemessen benachteiligend ist, wenn sie nicht klar und verständlich ist.

Mit diesem Zusatz wird das von der Rechtsprechung entwickelte und in Artikel 5 Satz 1 der Richtlinie 93/13/EWG über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen vorgeschrie-

bene **Transparenzgebot** nunmehr auch gesetzlich geregelt. Die Formulierung „klar und verständlich“ ist dem Richtlinientext entnommen und entspricht dem von der Rechtsprechung bereits vor Erlass der Richtlinie entwickelten Grundsatz, dass Allgemeine Geschäftsbedingungen die Rechte und Pflichten des Vertragspartners durch eine entsprechende Ausgestaltung und geeignete Formulierung der Vertragsbedingungen durchschaubar, richtig, bestimmt und möglichst klar darstellen müssen (grundlegend BGHZ 106, 42, 49). Dieses Transparenzgebot kommt derzeit im Gesetz nicht vor, weil man es aus dem bisherigen § 9 AGBG ableitet (Brandner in: Ulmer/Brandner/Hensen, § 9 Rdn. 87 ff.; ders. MDR 1997, 312, 313). Diese Lösung zwingt aber zu richtlinienkonformer Auslegung, was gerade im Zusammenhang mit dem bisherigen § 8 AGBG nicht unproblematisch ist (Brandner aaO, § 8 Rdn. 8a, 45). Außerdem ist das Transparenzgebot eine ganz eigenständige Prüfungskategorie (Brandner aaO). Deshalb wird das Transparenzgebot jetzt ausdrücklich angesprochen. Damit ist keine inhaltliche Änderung, sondern lediglich eine Klarstellung des ohnehin von der Rechtsprechung stringent angewandten Transparenzgebots verbunden. Da das Gebot der Klarheit und Verständlichkeit vorformulierter Vertragsbestimmungen bislang als fester, wenn auch ungeschriebener Bestandteil des im bisherigen § 9 AGBG geregelten Benachteiligungsverbots angesehen wurde (Brandner in: Ulmer/Brandner/Hensen, § 9 Rdn. 174), ist es folgerichtig, es in den Katalog des Absatzes 2, der die unangemessene Benachteiligung konkretisiert, als neue Nummer 3 aufzunehmen. Damit ist nunmehr auch im Sinne von Artikel 5 der Richtlinie 93/13/EWG klargestellt, dass intransparente Klauseln per se, ohne Hinzutreten einer **inhaltlichen** unangemessenen Benachteiligung des Vertragspartners, als unwirksam zu betrachten sind. Dies führt zugleich dazu, dass, wie unten noch weiter ausgeführt wird, das Transparenzgebot auch für Preisbestimmungen und leistungsbeschreibende Klauseln, die grundsätzlich von der **Inhalts**kontrolle ausgenommen sind, gilt.

Zu Absatz 3

Absatz 3 entspricht im Wesentlichen wörtlich dem bisherigen § 8 AGBG, der der Inhaltskontrolle des AGB-Gesetzes dort Grenzen setzt, wo allgemeine Geschäftsbedingungen von einer gesetzlichen Regelung weder abweichen noch diese ergänzen. Angepasst wurde die Verweisung an die bisherigen §§ 9 bis 11 AGBG, die zu § 307 Abs. 1 und 2 Nr. 1 und 2 RE sowie den §§ 308 und 309 RE werden.

Dagegen wird das im vorstehenden Absatz erläuterte und in Nummer 3 des § 307 Abs. 2 RE nunmehr gesetzlich geregelte Transparenzgebot ausdrücklich nicht von der Ausnahme des Absatz 3 erfasst. Damit wird der Zweck des bisherigen § 8 AGBG, der lediglich der **Inhalts**kontrolle, nicht aber der **Transparenz**kontrolle in bestimmten Fällen Grenzen setzen wollte,

verdeutlicht und eine bislang bestehende Lücke bei der Umsetzung von Artikel 4 Abs. 2 der Richtlinie 93/13/EWG geschlossen. Danach sind nämlich sog. preisbestimmende und leistungsbestimmende Klauseln lediglich dann von der Inhaltskontrolle befreit, wenn sie „klar und verständlich" abgefasst sind, also den Anforderungen des Transparenzgebots genügen. Diese Vorbedingung der Kontrollfreiheit entspricht zwar im Ergebnis der gegenwärtigen Rechtsprechung des BGH, in der dieser Grundsatz freilich nicht immer so deutlich wird. Im Übrigen sollte sich das Richtlinienerfordernis auch aus dem Wortlaut des Gesetzes entnehmen lassen, was derzeit nicht der Fall ist. Denn § 8 AGBG schloss bislang die Anwendung des § 9 AGBG **insgesamt** und damit auch die darin enthaltene Transparenzkontrolle für preisbestimmende, leistungsbeschreibende und deklaratorische, den Rechtsvorschriften entsprechende Klauseln aus. Die vorgeschlagene Neufassung des bisherigen § 8 AGBG macht nunmehr deutlich, dass das Transparenzgebot auch bei derartigen Klauseln gilt, wenn es auch bei deklaratorischen Klauseln nur äußerst selten zur Anwendung kommen dürfte. Umso bedeutender ist die Klarstellung für preisbestimmende und leistungsbeschreibende Vertragsklauseln, weil das Gebot einer klaren, verständlichen, insbesondere nicht irreführenden Regelung hier besonders wichtig ist. Nur wenn der Verbraucher die Preis- und Leistungsbestimmung im Einzelnen verstehen und nachvollziehen kann, hat er die Möglichkeit, eine „informierte" Auswahl unter den verschiedenen Angeboten zu treffen.

Da im Grundsatz davon auszugehen ist, dass **alle** Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen an den Maßstäben der bisherigen §§ 9 bis 11 AGBG gemessen werden müssen und dass der bisherige § 8 AGBG lediglich eine Ausnahme von der Inhaltskontrolle für bestimmte Klauseln zulässt, ist die Reihenfolge der bisherigen §§ 8 und 9 AGBG getauscht worden. Zunächst soll sich nunmehr in § 307 Abs. 1 und 2 RE der Grundsatz der Inhalts- und Transparenzkontrolle, sodann in § 307 Abs. 3 RE die Ausnahme dazu finden.

Zu § 308 – Klauselverbote mit Wertungsmöglichkeit

§ 308 RE entspricht, von zwei Ausnahmen abgesehen, wörtlich dem bisherigen § 10 AGBG. Zu den Ausnahmen ist Folgendes zu bemerken:

- In Nr. 2 wird die Verweisung auf den bisherigen § 326 vermieden und stattdessen von einer Abweichung von Rechtsvorschriften gesprochen. Dies ist zwingend, da der bisherige § 326 im Zuge der Modernisierung des Leistungsstörungsrechts entfällt.

- In Nr. 5 wird eine Ausnahme für Verträge vorgesehen, in die Teil B der Verdingungsordnung für Bauleistungen (VOB/B) als Ganzes einbezogen ist. Diese Ausnahme er-

gibt sich bisher schon aus § 23 Abs. 2 Nr. 5 AGBG, wo es heißt, dass § 10 Nr. 5 AGBG nicht gilt für Leistungen, für die die VOB Vertragsgrundlage ist. Die Formulierung der Ausnahme an dieser Stelle macht dem Rechtsanwender die Zuordnung leichter. Zugleich wird die Ausnahme konkreter formuliert, indem diese nunmehr voraussetzt, dass die VOB/B **insgesamt** in den Vertrag einbezogen ist. Damit wird der gefestigten Rechtsprechungspraxis Rechnung getragen, die das Eingreifen der im bisherigen § 23 Abs. 2 Nr. 5 AGBG zugunsten der VOB geregelten Ausnahmen davon abhängig macht, dass die VOB/B insgesamt, das heißt ohne ins Gewicht fallende Einschränkungen übernommen worden ist (BGHZ 96, 129, 133; 100, 391, 399; BGH, NJW 1986, 713, 714; NJW 1987, 2373, 2374; NJW-RR 1989, 85, 86). Diese Rechtsprechung soll nunmehr – ohne inhaltliche Änderung – im Gesetzeswortlaut seine Entsprechung finden. Die Privilegierung erfasst die VOB/B in ihrer jeweils zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses gültigen Fassung, da davon ausgegangen wird, dass die VOB/B in ihrer jeweils geltenden Fassung einen insgesamt angemessenen Interessenausgleich zwischen den an Bauverträgen Beteiligten schafft (Münch-Komm/Soergel, § 631 Rdn. 38 ff).

Weitere Änderungen ergeben sich nicht.

Zu § 309 – Klauselverbote ohne Wertungsmöglichkeit

§ 309 RE folgt im Wesentlichen dem bisherigen § 11 AGBG. Die Vorschrift bedarf allerdings an einigen Stellen der Anpassung an die Veränderungen des Leistungsstörungsrechts. Zudem besteht zum Teil Fortschreibungsbedarf auf Grund der Klauselrichtlinie oder der Weiterentwicklung in der Rechtsprechung. Ferner sollen die im bisherigen § 23 Abs. 2 AGBG enthaltenen Abweichungen von einzelnen Nummern in die Nummern integriert werden. Im Einzelnen ist Folgendes zu bemerken:

Zum Einleitungssatz

Im Einleitungssatz wird durch die Aufzählung der Vorschriften §§ 202, 312f, 475, 478 Abs.5, 487, 506, 651l und 655e RE, die sämtlich ein Abweichungs- und/oder Umgehungsverbot enthalten, deutlich gemacht, dass diese der Inhaltskontrolle des § 309 RE vorgehen. Der Einleitungssatz versteht sich insoweit lediglich als Klarstellung des Grundsatzes, dass die Inhaltskontrolle lediglich bei dispositivem Recht eingreifen kann.

Zu den Nummern 1 bis 3

Die Nummern 1 bis 3 werden ohne Veränderungen wörtlich übernommen.

Zu Nummer 4

Hier liegt die Abweichung in der Vermeidung des Begriffs Nachfrist. Sie ist technisch durch die Änderung des Leistungsstörungsrechts geboten, das künftig keine Nachfrist, sondern nur noch eine Frist für die Leistung kennt. Sachliche Änderungen ergeben sich dadurch aber nicht.

Zu Nummer 5

Zu Buchstabe a

Nummer 5 Buchstabe a entspricht wörtlich dem bisherigen § 11 Nr. 5 Buchstabe a AGBG.

Zu Buchstabe b

In Nummer 5 Buchstabe b wird dagegen der bisherige Gesetzeswortlaut dahingehend umgekehrt, dass nunmehr die Wirksamkeit einer Schadenspauschale in Allgemeinen Geschäftsbedingungen voraussetzt, dass dem anderen Vertragsteil ausdrücklich der Nachweis eines niedrigeren Schadens gestattet wird.

Dies entspricht den von der Rechtsprechung auch bei der bisherigen Formulierung des Gesetzestextes gefundenen Ergebnissen, weil sich die Praxis vom Wortlaut des Klauselverbot weit entfernt und zu einer Einzelfallrechtsprechung geführt hat, die sich kaum sicher vorhersagen lässt. Denn der Wortlaut des bisherigen Buchstaben b ließ zunächst – genau umgekehrt – vermuten, dass eine Schadenspauschale nur dann unwirksam ist, wenn dem anderen Vertragsteil ausdrücklich der Nachweis eines niedrigeren Schadens abgeschnitten wird. Klauseln, die dem Kunden diesen Beweis ausdrücklich abschneiden, waren indessen bereits vor Inkrafttreten des AGB-Gesetzes selten. Es hat sich daher eine umfangreiche, kaum mehr überschaubare Rechtsprechung entwickelt, die in einer Vielzahl von Einzelentscheidungen begründet, warum die jeweilige Pauschalierungsklausel gemessen am bisherigen § 11 Nr. 5 Buchstabe b unwirksam ist, obwohl sich daraus keineswegs ausdrücklich das Abschneiden eines Nachweises ergibt (siehe zum Überblick über die Rechtsprechung Hensen in: Ulmer/Brandner/Hensen, § 11 Nr. 5 Rdn. 18 ff). Die Schwierigkeit der Rechtsprechung liegt darin, dass sie ihr Ergebnis daran orientiert, ob der rechtsunkundige Durchschnittskunde

nach der Fassung der Schadenspauschale davon ausgehen musste, dass er sich im Einzelfall nicht auf einen wesentlich niedrigeren Schaden berufen könne. Wann der juristische Laie eben dies aus einer Klausel herauslesen muss und ob daher eine Schadenspauschale von der Rechtsprechung für wirksam oder unwirksam gehalten werden mag, ist indessen weder für den Verwender noch für dessen Rechtsberater vorhersehbar. So hält die Rechtsprechung Klauseln mit Formulierungen wie „ist mit x% zu verzinsen" (BGH, NJW 1984, 2941; ZIP 1996, 1997), „die Kosten betragen" (BGH, NJW 1985, 634) oder „der Verwender ist berechtigt zu verlangen" (OLG Oldenburg, MDR 2000,20) für unwirksam, während die Formulierungen „wird ein Aufschlag von x% erhoben" (BGH, NJW 1985, 321) oder „wird mit ... berechnet" (BGH, WM 1986, 1467) zulässig sein sollen. Die Aussagegehalte der vorgenannten Klauseln dürften indessen für den Nichtjuristen deckungsgleich sein. Die dadurch sowohl für den Verwender als auch für den Verbraucher entstandene Rechtsunsicherheit soll durch die Umkehrung der Klausel ausgeräumt werden. Künftig ist eine Klausel nur zulässig, wenn sie den Nachweis eines geringeren Schadens ausdrücklich zulässt. Dies ist zwar formal strenger als die bisherige Regelung. Dafür ist sie klar und eindeutig. Verwender müssen schon jetzt den Nachweis zulassen, wenn sie Pauschalierungen anwenden wollen. Und im Zweifel müssen sie auch schon jetzt die künftig geforderte klare Formulierung verwenden, um dies sicherzustellen. Im Ergebnis erleichtert die Umkehrung die Rechtsanwendung.

Zu Nummer 6

Die Nummer 6 entspricht wörtlich dem bisherigen § 11 Nr. 6 AGBG.

Zu den Nummern 7 und 8

Vorbemerkung

Die bisher in § 11 Nr. 7 bis 10 AGBG enthaltenen Klauselverbote sind an die Änderungen im Leistungsstörungsrecht und im Kauf- und Werkvertragsrecht anzupassen. Dies zieht eine redaktionelle Umstrukturierung nach sich, mit der aber auch geringe inhaltliche Änderungen verbunden sind, die wiederum zwingend aus den Änderungen des Schuldrechts folgen.

Zunächst sind die Überschriften der Nummern 7 und 8 zu ändern. Ferner sollen die bisherigen Nummern 9 und 10 des geltenden § 11 AGBG in der neuen Nummer 8 des § 309 RE integriert werden. Beide Änderungen gehen darauf zurück, dass es nunmehr bei § 309 Nr. 7 und 8 RE um Klauselverbote für Haftungsausschlüsse bei **Pflichtverletzung** geht. Da durch die Änderung des Leistungsstörungsrechts der Begriff der „Pflichtverletzung" als „Basisbe-

griff“ jede Art der Vertragsverletzung erfasst, unabhängig davon, ob es sich um die Verletzung einer Hauptleistungspflicht, einer Nebenpflicht oder um die Lieferung einer mangelhaften Sache handelt, sind die bisher in § 11 Nr. 7 bis 10 AGBG enthaltenen Klauselverbote nicht mehr durch die Art der Pflichtverletzung zu unterscheiden (etwa Unmöglichkeit, Verzug, Verletzung einer Hauptleistungspflicht, Gewährleistung), sondern nach der Art bzw. des Vorliegens des Verschuldens, nach der Art des Schadens oder auch nach der vom Haftungsausschluss erfassten Art der Ansprüche. Dies ist auch in den Überschriften deutlich zu machen. Da nach der Neukonzeption des Kaufrechts die Lieferung einer mangelhaften Sache ebenfalls eine Pflichtverletzung darstellt, gehören die bisherigen Klauselverbote zur Mängelgewährleistung nunmehr inhaltlich zu der Nummer 8 („Sonstige Haftungsausschlüsse bei Pflichtverletzung“) und sollen daher dort unter Buchstabe b aufgeführt werden.

Zu Nummer 7

Die Nummer 7 entspricht inhaltlich im Wesentlichen dem bisherigen § 11 Nr. 7 AGBG. Auf folgende Anpassungen sind vorgenommen worden:

In der Nummer 7 erfolgt hinsichtlich des Haftungsausschlusses bei grobem Verschulden zunächst lediglich eine redaktionelle Änderung dadurch, dass der Begriff der Vertragsverletzung durch „Pflichtverletzung“ ersetzt wird. Damit ist keine inhaltliche Änderung verbunden. Zwar erfasst der Begriff der Pflichtverletzung nunmehr auch die Bereiche der Schlechtleistung im Kaufrecht. Bereits bislang wurden indessen von § 11 Nr. 7 AGBG alle Arten schuldhafter Leistungsstörungen, aus denen Schadensersatzansprüche erwachsen, erfasst, also insbesondere die positive Vertragsverletzung, culpa in contrahendo, Verzug und Unmöglichkeit, aber auch auf Verschulden beruhende Schadensersatzansprüche aus Gewährleistung, insbesondere aus den bisherigen § 635, § 538 Abs. 1 BGB und § 13 Nr. 7 VOB/B (Hensen in: Ulmer/Brandner/Hensen, § 11 Nr. 7 Rdn. 9; Palandt/Heinrichs, § 11 AGBG Rdn. 35). Die Einbeziehung von Schadensersatzansprüchen aus Mängeln beim Kauf ist daher folgerichtig und nach der Neukonzeption des Kaufrechts zwingend. Der besonderen Erwähnung des Verschuldens bei den Vertragsverhandlungen bedarf es im Übrigen nicht mehr, da in § 311 Abs. 2 Nr. 1 RE nunmehr geregelt ist, dass ein Schuldverhältnis mit Rechten und Pflichten auch durch die Aufnahme von Vertragsverhandlungen entsteht und die Verletzung auch solcher Pflichten nach §§ 241 Abs. 2, 280 RE zur Haftung führen kann.

Neu ist in der Nummer 7 die Aufteilung in Haftungsausschlüsse hinsichtlich Körperschäden (**Buchstabe a**) und hinsichtlich sonstiger Schäden (**Buchstabe b**). Während bei letzteren – wie nach der derzeitigen Fassung von § 11 Nr. 7 AGBG – eine Freizeichnung nur bei gro-

bem Verschulden unwirksam ist, soll der neugefasste Buchstabe a klarstellen, dass die Haftung für Körperschäden auch bei leichter Fahrlässigkeit nicht einschränkbar ist.

Diese Ergänzung der Nummer 7 geht auf Nummer 1a des Anhangs der Richtlinie 93/13/EWG zurück, wonach Klauseln, die darauf abzielen oder zur Folge haben, dass die gesetzliche Haftung des Gewerbetreibenden ausgeschlossen oder eingeschränkt wird, wenn der Verbraucher auf Grund einer Handlung oder Unterlassung des Gewerbetreibenden sein Leben verliert oder einen Körperschaden erleidet, für missbräuchlich erklärt werden können. Diese Klausel ist in der Richtlinie gewissermaßen weich formuliert. In der Rechtssache Océano (C240-44/98, EuZW 2000, 506, 508) hat der EuGH indes entschieden, dass das nationale Recht der Mitgliedstaaten so auszulegen und anzuwenden ist, dass auch solche „weichen“ Klauselverbote durchgesetzt werden und ein Verstoß hiergegen im Zweifel zur Unwirksamkeit solcher Klauseln führen muss. Dies hat die herrschende Meinung in Deutschland für das Klauselverbot des bisherigen § 11 Nr. 7 Buchstabe a AGBG rezipiert, der so ausgelegt wird, wie es die Richtlinie vorsieht (Hensen in: Ulmer/Brandner/ Hensen, § 11 Nr. 7 Rdn. 43). Entgegen dem Wortlaut wird der bisherige § 11 Nr. 7 AGBG daher so ausgelegt, dass bei Verbraucherverträgen jedwede Haftungsbegrenzung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen für den Fall verschuldeter Körperschäden unwirksam ist. Durch die Änderung wird das spezielle Freizeichnungsverbot des bisherigen § 11 Nr.7 AGBG in § 309 Nr. 7 Buchstabe a RE mithin lediglich auf den Stand gebracht, den es der Sache nach schon hat.

Die Neufassung der Nummer 7 führt also nunmehr dazu, dass – abgesehen von den bislang in § 23 Abs. 2 Nr. 3 und 4 AGBG vorgesehenen Ausnahmen, die im folgenden Absatz erläutert werden - jedwede Haftungsfreizeichnung für Körperschäden bei leichter Fahrlässigkeit (Buchstabe a) und für sonstige Schäden bei grober Fahrlässigkeit bzw. Vorsatz (Buchstabe b) ausgeschlossen ist. Dies entspricht der derzeitigen Rechtslage bei richtlinienkonformer Auslegung des (§ 9 des) AGB-Gesetzes und erfasst auch die Verkürzung von Verjährungsfristen.

Im Übrigen wurde die Nummer 7 bereits bisher nach § 23 Abs. 2 Nrn. 3 und 4 AGBG für bestimmte Bereiche eingeschränkt. Diese Einschränkungen werden der besseren Übersichtlichkeit wegen in die Nummer 7 eingefügt, wobei die Entwicklung der Rechtsprechung berücksichtigt wird: Nach geltendem § 23 Abs. 2 Nr. 3 AGBG dürfen nach Maßgabe des Personenbeförderungsgesetzes genehmigte Beförderungsbedingungen und Tarifvorschriften der Straßenbahnen, O-Busse und Kraftfahrzeuge im Linienverkehr von Nummer 7 abweichen, sofern sie dabei nicht die Vorschriften der Verordnung über die allgemeinen Beförderungsbedingungen für den Straßenbahn-, O-Bus- sowie den Linienverkehr mit Kraftfahrzeu-

gen vom 27. Februar 1970 verletzen. Diese Ausnahme wird wörtlich in Nummer 7 integriert. Nach dem bisherigen § 23 Abs. 2 Nr. 4 AGBG dürfen ferner die Bedingungen für staatlich genehmigte Lotterieverträge und Ausspielverträge von § 11 Nr. 7 AGBG abweichen und einen weitergehenden Haftungsausschluss vorsehen. Zweck dieser Maßnahme war es seinerzeit, die Lotterie- und Ausspielunternehmen, aber auch die Mitspieler vor betrügerischen Manipulationen beim Vertragsschluss zu schützen. Der Text der Vorschrift geht über diese Zielsetzung weit hinaus und würde es grundsätzlich erlauben, für die Verträge insgesamt einen stärkeren Haftungsausschluss vorzusehen. Die Rechtsprechung hat deshalb § 23 Abs. 2 Nr. 4 AGBG teleologisch reduziert und lässt entsprechende Haftungsbeschränkungen nur im Rahmen der Zweckrichtung zu. Mit dieser Einschränkung wird der bisherige § 23 Abs. 2 Nr. 4 AGBG in Nummer 7 integriert.

Zu Nummer 8

Die Nummer 8 fasst im **Buchstaben a** die derzeitigen Klauselverbote des § 11 Nr. 8 (Verzug und Unmöglichkeit) und Nr. 9 (Teilverzug, Teilunmöglichkeit) AGBG und im **Buchstaben b** die derzeitigen Klauselverbote des § 11 Nr. 10 (Gewährleistung) AGBG unter der Überschrift „Sonstige Haftungsausschlüsse bei Pflichtverletzung“ zusammen. Dies erklärt sich – wie oben bereits ausgeführt worden ist - durch das rechtliche Konzept des Entwurfs, das nunmehr am Begriff der „Pflichtverletzung“ anknüpft, wodurch eine nicht nur textliche, sondern auch inhaltliche Anpassung und Neustrukturierung der bisherigen Klauselverbote des § 11 Nr. 8 bis 10 AGBG erforderlich wird. Der Entwurf bewahrt deren Regelungsgehalte indessen soweit wie möglich. Im Einzelnen:

Zu Buchstabe a

Der bisherige § 11 Nr. 8 AGBG sichert die Rechte des Gläubigers aus den bisherigen §§ 325 und 326 wegen Verzugs und Unmöglichkeit. In vorformulierten Verträgen bleibt das Recht auf Rücktritt vom Vertrag vollen Umfangs erhalten; das Recht des Gläubigers auf Schadensersatz kann in AGB nicht ausgeschlossen, aber bei leichter Fahrlässigkeit – mit Ausnahme der Haftung für Körperschäden, siehe oben - begrenzt werden. Die überwiegende Meinung erstreckt das Freizeichnungsverbot bereits nach geltendem Recht trotz des ausdrücklichen Wortlauts des bisherigen § 11 Nr. 8 AGBG auch auf ein aus positiver Vertragsverletzung folgendes Lösungsrecht vom Vertrag (Hensen in: Ulmer/Brandner/Hensen, § 11 Nr. 8 Rdn. 11, OLG Oldenburg, NJW-RR 1992, 1527). Diese Ausweitung wird durch die Nummer 1b im Anhang der Klauselrichtlinie zu Artikel 3 bestätigt, in der die Rede davon ist, dass der Unter-

nehmer seine vertraglichen Verpflichtungen ganz oder teilweise oder mangelhaft erfüllt, womit jede Form der Vertragsverletzung erfasst wird.

Der Entwurf schließt sich dieser Auffassung, die ganz auf der Linie der vorgeschlagenen Neukonzeption des Leistungsstörungsrechts liegt, an, indem er an die **zu vertretende Pflichtverletzung** anknüpft und für diesen Fall in **Doppelbuchstabe aa** verbietet, das Lösungsrecht des anderen Vertragsteils vom Vertrag, also Rücktritt und Kündigung, einzuschränken oder auszuschließen. Die Voraussetzung des Vertretenmüssens war, um den Regelungsgehalt der bisherigen Bestimmung im bisherigen § 11 Nr. 8 Buchstabe a AGBG möglichst zu bewahren, erforderlich, da gemäß § 323 RE bereits jede Pflichtverletzung unabhängig vom Verschulden den Rücktritt eröffnet. Insgesamt entspricht damit die Neuformulierung dem Regelungsgehalt des bisherigen Klauselverbots des § 11 Nr. 8 Buchstabe a AGBG.

Der **Doppelbuchstabe bb** schränkt – in Entsprechung zum derzeitigen Freizeichnungsverbot des bisherigen § 11 Nr. 8 Buchstabe b AGBG – die Freizeichnungsmöglichkeiten für die Rechte auf Schadensersatz statt der Leistung aus den §§ 280, 281, 283 RE oder aus § 311a Abs. 2 RE ein. Damit ist zweierlei klargestellt:

Das Freizeichnungsverbot des Doppelbuchstaben bb erfasst zum einen lediglich Pflichtverletzungen, die die vertragliche Hauptleistung betreffen (sonst hätte auch auf § 282 RE „Verletzung einer sonstigen Pflicht“ verwiesen werden müssen), und zum anderen erstreckt es sich nur auf Schadensersatzansprüche **statt der Leistung,** nach derzeitiger Begrifflichkeit also auf Schadensersatzansprüche wegen Nichterfüllung.

Das Erstere (Verletzung einer Hauptleistungspflicht) entspricht dem derzeitigen Klauselverbot des § 11 Nr. 8 Buchstabe b AGBG. Dieses soll sich nämlich nach überwiegender Auffassung zwar auch auf Schadensersatzansprüche aus positiver Vertragsverletzung erstrecken, dies aber nur, soweit es um die Verletzung von Hauptleistungspflichten geht (Hensen aaO § 11 Nr. 8 Rdn. 11; OLG Oldenburg, NJW-RR 1992, 1527). Ob der bisherige § 11 Nr. 8 Buchstabe b AGBG dagegen teleologisch auf Schadensersatzansprüche wegen Nichterfüllung zu reduzieren oder auch auf den Verzugsschaden nach dem bisherigen § 286 Abs. 1 BGB bzw. § 280 RE zu erstrecken ist, ist umstritten (dafür derzeit BGHZ 86, 284, 293; dagegen Hensen aaO § 11 Nr. 8 Rdn. 12). Der Entwurf folgt insoweit der engeren Auffassung von Ulmer, die auch von der Schuldrechtskommission (Abschlussbericht, S. 278) vertreten wurde. Auch dort wurde das Klauselverbot des bisherigen § 11 Nr. 8b AGBG auf das „Recht des

anderen Vertragsteils, Schadensersatz **wegen Nichtausführung des Vertrags** zu verlangen“, beschränkt.

Die Haftungsbegrenzung bei leichter Fahrlässigkeit mit der Ausnahme der Körperschäden bleibt weiterhin durch die Beibehaltung der Formulierung „oder entgegen der Nummer 7 eingeschränkt“ nach Doppelbuchstabe bb möglich.

In den Klauselverboten des § 309 Nr. 8 Buchstabe a RE geht das bislang in § 11 Nr. 9 AGBG enthaltene Freizeichnungsverbot für die Fälle des Teilverzugs und der Teilunmöglichkeit auf. Die bisherige Nummer 9 sollte lediglich die vorhergehende Nummer 8 des bisherigen § 11 AGBG ergänzen und in deren Regelungsgefüge den Fall des Interessefortfalls bei nur teilweiser Vertragserfüllung einbauen. Dies ist durch die Neuformulierung in § 309 Nr. 8 Buchstabe a RE nicht mehr nötig. Denn der Doppelbuchstabe aa erfasst auch die Fälle des Rücktritts wegen teilweiser Nichterfüllung (§ 323 Abs. 4 Satz 1 RE) und der Doppelbuchstabe bb die Fälle eines Schadensersatzanspruchs statt der Leistung wegen teilweiser Nicht- oder Schlechterfüllung (§§ 281 Abs. 1 Satz 3, 311a Abs. 2 Satz 2 RE).

Schließlich wird in Nummer 8 Buchstabe a die Ausnahme des bisherigen § 23 Abs. 2 Nr. 3 AGBG, gemäß der im Rahmen der Verordnung vom 27. Februar 1970 in den Beförderungsbedingungen für Straßenbahnen, O-Busse und Linienverkehr mit Kraftfahrzeugen Abweichungen vorgesehen werden dürfen, eingefügt. Inhaltliche Änderungen ergeben sich hierdurch nicht.

Zu Buchstabe b

Vorbemerkung

Der bisherige § 11 Nr. 10 AGBG, der nunmehr in § 309 Nr. 8 Buchstabe b RE geregelt werden soll, zählte bislang zu den zentralen Klauselverboten des AGB-Gesetzes. Dieses erleidet – worauf Pfeiffer in seiner Stellungnahme zum DE (in: Ernst/Zimmermann, S. 481 ff., 513) zutreffend hingewiesen hat - in seinem unmittelbaren Anwendungsbereich durch die Umsetzung der Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf und dem daraus folgenden Umstand, dass die Rechte wegen eines Mangels der Kaufsache zukünftig bei Verkäufen einer beweglichen Sache von einem Unternehmer an einen Verbraucher (Verbrauchsgüterkaufverträge gemäß § 474 RE) und ebenso für Verträge über die Lieferung herzustellender oder zu erzeugender beweglicher Sachen (§ 651 RE) nicht mehr dispositiv sind, einen erheblichen Bedeutungsverlust. Da die Vorschrift im Unternehmensverkehr gemäß dem bisherigen

§ 24 AGBG (= § 310 Abs. 1 RE) jedenfalls nicht unmittelbar anzuwenden ist und Formularverträge im Verhältnis Verbraucher-Verbraucher über die Lieferung neuer Waren äußerst selten vorkommen dürften, verbleiben im unmittelbaren Anwendungsbereich im Wesentlichen nur noch Verträge über Bauleistungen, für die wiederum die zentrale Vorschrift des § 11 Nr. 10 Buchstabe b AGBG (= § 309 Nr. 8 Buchstabe b Doppelbuchstabe bb RE) nicht gilt und sinnvollerweise auch nicht gelten kann. Trotz dieses Bedeutungsverlustes im unmittelbaren Anwendungsbereich bleiben die Regelungen des bisherigen § 11 Nr. 10 AGBG bzw. § 309 Nr. 8 Buchstabe b RE auf Grund ihrer Ausstrahlungswirkung auf den mittelbaren Anwendungsbereich (Heranziehung der Rechtsgedanken zur Beurteilung von Klauseln im Unternehmensverkehr) von erheblicher Bedeutung. Da zudem weder die Schaffung einer besonderen Vorschrift für Bauverträge noch eigenständige Klauselverbote im Unternehmensverkehr sinnvoll erscheinen und auch die Fälle der Verwendung von Formularverträgen zwischen Verbrauchern geregelt werden müssen, belässt es der Entwurf in § 309 Nr. 8 Buchstabe b bei einer Vorschrift, die dem bisherigen Zuschnitt des § 11 Nr. 10 AGBG und auch dessen Regelungsgehalt im Wesentlichen entspricht (dafür auch Pfeiffer aaO).

Allerdings wird Nummer 8 Buchstabe b RE auf Ansprüche wegen Rechtsmängeln erweitert. Diese Anpassung ist erforderlich, weil die Neukonzeption des Kaufrechts zwar begrifflich noch zwischen „Sachmangel“ und „Rechtsmangel“ unterscheidet, aber die Rechtsfolgen – in Abweichung zum geltenden Gewährleistungsrecht beim Kauf - völlig parallel gestaltet.

Des Weiteren wird durch die einleitenden Worte im Buchstaben b „Im Übrigen“ das Konkurrenzverhältnis zu den Freizeichnungsverboten des Buchstaben a deutlich gemacht: Klauseln, die die Ansprüche wegen Mängeln neu hergestellter Sachen betreffen, sind danach sowohl am Buchstaben a als auch am Buchstaben b zu messen. Buchstabe a kommt dabei immer dann zum Tragen, wenn es um die Freizeichnung von Ansprüchen geht, die auf einem vom Verwender **zu vertretenden** Mangel (= zu vertretende Pflichtverletzung) beruhen, und der Buchstabe b greift ein, wenn die Ansprüche betroffen sind, die auf einem vom Verwender **nicht zu vertretenden** Mangel beruhen. Die bislang in § 11 Nr. 8, 9 und Nr. 10 AGBG getroffene Unterscheidung zwischen Unmöglichkeit/Verzug auf der einen Seite und Mängelgewährleistung auf der anderen Seite kann so nicht mehr aufrechterhalten werden, da das geänderte Schuldrecht vom Basisbegriff der Pflichtverletzung ausgeht und die Lieferung einer mangelfreien Sache als Vertragspflicht des Verkäufers statuiert mit der Folge, dass auch die Lieferung einer mangelhaften Sache eine „Pflichtverletzung“ darstellt. Oben wurde indessen bereits ausgeführt, dass die überwiegende Ansicht in Rechtsprechung und Literatur bereits nach der geltenden Rechtslage die Klauselverbote des § 11 Nr. 8 und 9 AGBG auf den Bereich der positiven Vertragsverletzung erstreckt und damit bereits die

Schlechtleistung von Verträgen ohne eigenständig geregeltes Gewährleistungsrecht erfasst. Die mit dem Entwurf verfolgte Ausweitung der in § 309 Nr. 8 Buchstabe a RE enthaltenen Klauselverbote auf die Fälle der zu vertretenden Mängel bei Kauf- und Werkverträgen findet daher bereits in der geltenden Rechtslage ihre konzeptionelle Grundlage.

Die Neufassung der bislang in § 11 Nr. 10 AGBG enthaltenen Klauselverbote in § 309 Nr. 8 Buchstabe b RE ist bis auf Doppelbuchstabe ff im Wesentlichen redaktioneller Art. Insbesondere werden die Begriffe „Nachbesserung“ und „Ersatzlieferung“ entsprechend der Begrifflichkeit des § 439 RE durch den Begriff „Nacherfüllung“ ersetzt. Eine inhaltliche Änderung ergibt sich daraus nicht. Im Einzelnen:

Doppelbuchstabe aa

Die Regelung entspricht dem bisherigen § 11 Nr. 10a AGBG.

Doppelbuchstabe bb

Die Regelung entspricht dem bisherigen § 11 Nr. 10b AGBG. Die Vorschrift läuft freilich bei allen Verbrauchsgüterkaufverträgen leer, da hier das Wahlrecht des Käufers zwischen Nachbesserung und Ersatzlieferung (= „Nacherfüllung“) ohnehin nicht abdingbar ist. In den anderen Fällen soll es bei dem jetzigen Regelungsgehalt des § 11 Nr. 10b AGBG bleiben, so dass die Beschränkung auf eine der Nacherfüllungsmöglichkeiten weiterhin zulässig bleiben soll, sofern denn dem anderen Vertragsteil ausdrücklich das Recht vorbehalten wird, bei Fehlschlagen der jeweils eingeräumten Nacherfüllungsmöglichkeit zu mindern oder vom Vertrag zurückzutreten. Die Ersetzung der Formulierung „Herabsetzung der Vergütung verlangen“ durch „zu mindern“ stellt lediglich eine redaktionelle Anpassung dar.

Doppelbuchstabe cc

Die Regelung entspricht dem bisherigen § 11 Nr. 10 Buchstabe c AGBG.

Doppelbuchstabe dd

Die Regelung entspricht dem bisherigen § 11 Nr. 10 Buchstabe d AGBG.

Doppelbuchstabe ee

Die Regelung entspricht dem bisherigen § 11 Nr. 10 Buchstabe e AGBG. Auswirkungen hat die grundsätzliche Gleichstellung von Falsch- und Zuweniglieferung mit Sachmängeln in § 434 Abs. 3 RE auf den bisherigen § 11 Nr. 10 Buchstabe e AGBG. Wenn nach dieser Vorschrift in Kaufverträgen über neu hergestellte Sachen Klauseln unwirksam sind, die für die Anzeige nicht offensichtlicher Mängel eine kurze Ausschlussfrist bestimmen, so ergibt sich daraus zugleich, dass solche Ausschlussfristen bei offensichtlichen Mängeln grundsätzlich möglich sind. § 434 Abs. 3 RE bedeutet daher auch eine Erweiterung des Anwendungsbereichs derartiger Klauseln.

Doppelbuchstabe ff

Gemäß § 202 RE sollen Verkürzungen der Verjährungsfristen – außerhalb von Verbrauchsgüterkaufverträgen - regelmäßig zulässig sein. Dagegen bestimmt § 475 Abs. 2 RE, dass eine Verjährungserleichterung im Verbrauchsgüterkauf wegen Mängeln der Sache nur bei gebrauchten Sachen und auch nur bis zu einer Verkürzung von einem Jahr zulässig ist.

Die Regelung des Doppelbuchstabens ff bestimmt nunmehr, dass auch außerhalb von Verbrauchsgüterkaufverträgen für die Verjährung von Ansprüchen wegen Mängeln neu hergestellter Sachen im Kauf- und Werkvertragsrecht eine einjährige Mindestfrist einzuhalten ist. Dies gilt allerdings nicht für die fünfjährige Verjährungsfrist für Bau- und Baustoffmängel gemäß §§ 438 Abs. 1 Nr. 2, 634a Abs.1 Nr. 1 RE, die, soweit nicht die VOB/B als Ganzes einbezogen wird, wie bisher „AGB-fest“ sein soll. Der Geltungsbereich der im Doppelbuchstaben ff festgelegten einjährigen Mindestfrist beschränkt sich daher im Wesentlichen auf die Lieferung neu hergestellter Sachen außerhalb von Verbrauchsgüterkaufverträgen und außerhalb der Verwendung gegenüber einem Unternehmer (§ 310 Abs. 1 RE). Beim Verkauf gebrauchter Sachen (außerhalb von Verbrauchsgüterkäufen) ist deshalb eine darüber hinausgehende Verkürzung der Verjährungsfrist ebenso wie sogar ein völliger Gewährleistungsausschluss grundsätzlich zulässig (Palandt/Heinrichs, § 11 Nr. 10 Buchstabe f AGBG Rdn. 72).

Wie oben bereits ausgeführt, ist bei der Anwendung von Doppelbuchstabe ff zu beachten, dass die Verkürzung der Verjährungsfristen wegen eines Mangels in Allgemeinen Geschäftsbedingungen auch an den Klauselverboten des § 309 Nr. 7 und 8a RE zu messen sind. Denn nach überwiegender Ansicht stellt auch die Verkürzung von Verjährungsfristen eine Haftungsbeschränkung bzw. –begrenzung dar (OLG Düsseldorf, NJW-RR 95, 440; Palandt/Heinrichs, § 11 AGBG, Rdn. 37). Danach ist eine Verkürzung der Verjährungsfristen für den Rücktrittsanspruch auf Grund eines vom Verwender zu vertretenden Mangels überhaupt nicht, für den Schadensersatzanspruch statt der Leistung nur in den Grenzen der Nummern

7 und 8 Buchstabe a Doppelbuchstabe bb des Entwurfs möglich. Dies ist wegen des in diesen Fällen vorausgesetzten Verschuldens des Verwenders sachgerecht.

Der Neuregelung im Doppelbuchstaben ff liegen im Übrigen folgende Erwägungen zugrunde:

Der geltende § 11 Nr. 10 Buchstabe f AGBG verbietet Regelungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, durch die bei Verträgen über die Lieferung neu hergestellter Sachen und Werkleistungen die "gesetzlichen Gewährleistungsfristen" der bisherigen §§ 477, 638 verkürzt werden. Über ihren Wortlaut hinaus finden die beiden Vorschriften Anwendung auf alle Ansprüche des Käufers oder Bestellers, die unmittelbar aus der Mangelhaftigkeit der Sache oder Leistung hergeleitet werden, also gerichtet sind auf Nachbesserung, Minderung, Wandelung, auf Nachlieferung, Aufwendungsersatz, auf Schadensersatz wegen Fehlens zugesicherter Eigenschaften oder wegen Verschuldens bei Vertragsschluss und positiver Vertragsverletzung (Staudinger/Schlosser § 11 Nr. 10f AGBG Rdn. 82 m. w. N.; Hensen in: Ulmer/Brandner/Hensen, § 11 Nr. 10f Rdn. 78). Der geltende § 11 Nr. 10 Buchstabe f AGBG verbietet nicht nur ausdrückliche Verjährungsverkürzungen, sondern darüber hinaus alle Regelungen, die auch nur mittelbar auf eine Verkürzung der in den bisherigen §§ 477, 638 genannten Verjährungsfristen hinauslaufen. Darunter fällt beispielsweise die Vorverlegung des Verjährungsbeginns oder die Nichtberücksichtigung gesetzlicher Hemmungs- und Unterbrechungsgründe (BGH, NJW-RR 1987,144; NJW 1981, 867, 868). Eine Sonderregelung gilt lediglich für Ausschlussfristen bei offensichtlichen Mängeln. § 11 Nr. 10 Buchstabe e AGBG verbietet bislang nur bei nicht offensichtlichen Mängeln, dem anderen Vertragsteil für die Anzeige eine Ausschlussfrist zu setzen, die kürzer ist als die gesetzliche Verjährungsfrist. Daraus folgt, dass bei offensichtlichen Mängeln die Ausschlussfrist auch kürzer sein kann und eine derartige mittelbare Verkürzung der Verjährungsfrist nicht gegen § 11 Nr. 10 Buchstabe f AGBG verstößt (Hensen aaO Rdn. 80).

Der Regierungsentwurf schlägt eine Änderung der Verjährungsfristen für Gewährleistungsansprüche vor. An die Stelle der kurzen Sechsmonatsfrist soll eine Zweijahresfrist treten, die sämtliche Ansprüche wegen Mängeln erfasst. Die Fünfjahresfrist für Werkmängel an Bauwerken soll beibehalten auf Kaufverträge über neu hergestellte Bauwerke und auf Gewährleistungsansprüche aus der Lieferung fehlerhafter Baumaterialien ausgedehnt werden (§§ 438 Abs. 1 Nr. 2, 634a Abs. 1 Nr. 1 RE). Der Entwurf trägt dieser Verlängerung der beiden kürzeren Verjährungsfristen dadurch Rechnung, dass er insoweit das uneingeschränkte Verbot einer formularmäßigen Verjährungsverkürzung aufhebt und bei Ansprüchen wegen Verletzung einer vertraglichen Pflicht nur noch eine Verkürzung auf weniger als ein Jahr verbietet. Durch die Regelung des bisherigen § 11 Nr. 10 Buchstabe f AGBG sollte verhindert

werden, dass der Vertragspartner durch Allgemeine Geschäftsbedingungen in der Durchsetzung berechtigter Gewährleistungsansprüche unangemessen beeinträchtigt wird. Eine formularmäßige Verkürzung der ohnehin recht knapp bemessenen Sechsmonats- und Einjahresfristen war deshalb ausgeschlossen, weil diese Fristen auf die Zeiträume abgestimmt waren, in denen Mängel erfahrungsgemäß hervortreten und geltend gemacht werden können (Staudinger/Schlosser § 11 Nr. 10 Buchstabe f AGBG Rdn. 80). Die Verlängerung der Verjährungsfrist auf zwei Jahre hat diese Interessenlage geändert. Das Interesse des Klauselverwenders, möglichst bald Klarheit über den Umfang möglicher Gewährleistungsansprüche zu erhalten, kann je nach Lage des Falles eine formularmäßige Verkürzung der Verjährungsfristen auf weniger als zwei Jahre rechtfertigen. Besonders bei den Massengeschäften des täglichen Lebens wird dies häufig der Fall sein. Allerdings ist auch hier zu prüfen, ob der Umfang der Verkürzung nicht den Vertragspartner unangemessen benachteiligt und deshalb gegen den bisherigen § 9 Abs. 1 AGBG verstößt. Dies gilt besonders bei einer Verkürzung der in § 438 Abs. 1 Nr. 1 RE bestimmten 30-jährigen Verjährungsfrist für Ansprüche auf Nacherfüllung und Schadensersatz wegen eines Mangels, der in einem dinglichen Recht eines Dritten auf Herausgabe der Kaufsache besteht. In diesen Fällen dürfte die Verjährungsverkürzung auf die in Doppelbuchstabe ff genannte Mindestfrist regelmäßig unangemessen benachteiligend sein.

Zum Schutz des Vertragspartners war es erforderlich, eine Untergrenze festzulegen, über die hinaus die zweijährige Verjährungsfrist in keinem Fall durch AGB verkürzt werden kann. Dafür erschien eine Frist von einem Jahr angemessen. Sie berücksichtigt, dass im Einzelfall bereits früher die Sechsmonatsfrist nicht ausreichte, um Gewährleistungsansprüche rechtzeitig geltend machen zu können. Das eingeschränkte Verbot der Verjährungsverkürzung bezieht sich – entsprechend dem bisher geltenden Recht - nicht nur auf die „eigentlichen“ Gewährleistungsansprüche wie Minderung und Wandelung, sondern auf alle Ansprüche aus vertraglichen Leistungsstörungen, die aus der Mangelhaftigkeit einer Sache oder Leistung hergeleitet werden. Sonstige Ansprüche wegen Verletzung einer vertraglichen Pflicht, die hiermit nicht in Zusammenhang stehen, werden vom neuen Doppelbuchstaben ff nicht erfasst. Das ergibt sich aus der Überschrift „Mängel“.

Unverändert bleibt das - freilich durch den bisherigen § 23 Abs. 2 Nr. 5 AGBG eingeschränkte - Verbot der formularmäßigen Verkürzung der Verjährungsfrist bei Bauwerksmängeln. Gerade bei neu errichteten Bauwerken treten Mängel erfahrungsgemäß oft sehr spät auf. Dies war einer der Gründe, für derartige Ansprüche die fünfjährige Verjährungsfrist beizubehalten und die Verjährungsregelung auch auf Gewährleistungsansprüche aus dem Verkauf neu errichteter Bauwerke und aus der Lieferung mangelhafter Baumaterialien zu erstrecken. Je-

de formularmäßige Verkürzung dieser Verjährungsfristen würde den Vertragspartner unangemessen benachteiligen, weil die Gefahr bestünde, dass berechtigte Mängelansprüche bereits verjährt wären, bevor ein Mangel erstmals erkennbar wird.

Zu Nummer 9

Aufgabe des bisherigen Inhalts

Der bisherige § 11 Nr. 11 AGBG findet in § 309 RE keine Entsprechung mehr. Dies entspricht dem generellen Verzicht auf die Kategorie der zugesicherten Eigenschaft. Der Rechtsgedanke des bisherigen § 11 Nr. 11 AGBG findet sich indessen in § 444 RE wieder.

Zum neuen Inhalt

Nummer 9 entspricht wörtlich dem bisherigen § 11 Nr. 12 AGBG. Allerdings wird dieser Nummer die Ausnahme des bisherigen § 23 Abs. 2 Nr. 6 AGBG in wörtlicher Übernahme angefügt.

Zu Nummern 10 bis 13

Die Nummern 10 bis 13 entsprechen fast wörtlich dem bisherigen § 11 Nr. 13 bis 16 AGBG. In der Nummer 12 ist gegenüber dem bisherigen § 11 Nr. 16 AGBG lediglich eine sprachliche Bereinigung vorgenommen worden; inhaltliche Änderungen ergeben sich daraus nicht.

Zu § 310 – Anwendungsbereich

Zu Absatz 1

Absatz 1 entspricht fast wörtlich dem bisherigen § 24 AGBG. Es werden lediglich die Verweisungen auf die Vorschriften des AGB-Gesetzes durch Verweisungen auf die Vorschriften des neuen Abschnitts 2 ersetzt. Die Verweisung auf § 29a EGBGB entfällt, da sie überflüssig ist: Der von Art. 29a EGBGB intendierte Schutz gegen eine Abwahl der EU-Verbraucherschutzstandards ist bei der Verwendung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen gegenüber Unternehmern verzichtbar. Denn die Klauselrichtlinie 93/13/EWG, deren Transformationsbestimmungen nach Art. 29a Abs. 1 und 4 Nr. 1 EGBGB trotz Rechtswahl weiterhin Anwendung finden sollen, hat allein vorformulierte Vertragsbedingungen im Visier, die ein Unternehmer gegenüber Verbrauchern stellt (Dörner in: Schulze/Schulte-Nölke, S. 186 ff., 199).

Zu Absatz 2

Absatz 2 übernimmt die bisherige Ausnahme des § 23 Abs. 2 Nr. 3 AGBG. Danach gelten die bisherigen §§ 10, 11 AGBG (= §§ 308, 309 RE) nicht für Verträge mit Sonderabnehmern von Strom und Gas, es sei denn, dass die Verträge Abweichungen von den Verordnungen über Allgemeine Bedingungen für die Versorgung mit Elektrizität bzw. Gas, die für den Regelfall der typisierten Vertragsbeziehungen der Versorgungsunternehmen zu Tarifkunden den Inhalt der Versorgungsverträge bestimmen, vorsehen. Hinter dieser Ausnahme steht der Gedanke, dass Sonderabnehmer, auch wenn sie Verbraucher sind, keines stärkeren Schutzes bedürfen als Tarifabnehmer, so dass es den Versorgungsunternehmen frei stehen muss, ihre Allgemeinen Geschäftsbedingungen mit Sonderabnehmern entsprechend den Allgemeinen Versorgungsbedingungen auszugestalten.

Der Anwendungsbereich dieser Ausnahme ist durch die zunehmende Liberalisierung auf dem Energieversorgungsmarkt gestiegen. Daraus folgt nämlich, dass zunehmend auch Verbraucher mit Versorgungsunternehmen Verträge abschließen, die nicht von vornherein den Allgemeinen Bedingungen für die Versorgung mit Elektrizität, Gas usw. unterliegen, und insoweit zu „Sonderabnehmern" werden. Das Bedürfnis für eine Parallelgestaltung der Vertragsbedingungen der Versorgungsunternehmen gegenüber Verbrauchern als Tarifkunden und Verbrauchern als Sonderabnehmern besteht mithin weiterhin, so dass der Entwurf die Ausnahmeregelung beibehält.

Zugleich wird die Ausnahmeregelung des Absatzes 2 um eine entsprechende Regelung für Verträge mit Sonderabnehmern über die Versorgung von Wasser und Fernwärme sowie die Entsorgung von Abwasser ergänzt. Insoweit lag nämlich nach bisherigem Recht eine „planwidrige Lücke" (Ulmer in: Ulmer/Brandner/Hensen, § 23 Rdn. 39) vor. Auch für diese Bereiche sieht nämlich der geltende § 27 AGBG, der als Artikel 242 in das Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche integriert werden soll (vgl. Artikel 2 Nr. 3 des Entwurfs) eine Ermächtigungsgrundlage zum Erlass von Rechtsverordnungen zur Regelung der Ver- bzw. Entsorgungsbedingungen vor. Die entsprechenden Verordnungen über die Allgemeinen Versorgungsbedingungen für Wasser und Fernwärme für Verträge zwischen Versorgungsunternehmen und ihren (Tarif)Kunden sind inzwischen auch mit Wirkung vom 1. April 1980 erlassen worden. Der Erlass einer entsprechenden Verordnung über die Allgemeinen Entsorgungsbedingungen für Abwasser steht bevor. Gründe, die für eine divergierende Regelung sprechen könnten, sind nicht ersichtlich, so dass der Gesetzgeber die Lücke im Rahmen

einer Fortschreibung der Vorschriften zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen schließen sollte.

Zu Absatz 3

Absatz 3 entspricht wörtlich dem bisherigen § 24a AGBG. Auch hier werden lediglich die Verweisungen auf Vorschriften des AGB-Gesetzes durch Verweisungen auf die Bestimmungen des neuen Abschnitts 2 ersetzt. Neu ist hier die bislang fehlende Definition von Verbraucherverträgen.

Zu Absatz 4

Absatz 4 entspricht wörtlich dem bisherigen § 23 Abs. 1 AGBG.

Zu Nummer 13 – Ersetzung der bisherigen §§ 305 bis 314 und Neustrukturierung des Titels 1 des neuen Abschnitts 3 (bisheriger zweiter Abschnitt)

Der Titel 1 enthielt bislang in den geltenden §§ 305 sowie 310 bis 314 Regelungen über den zulässigen Inhalt von Verträgen und ihre Formbedürftigkeit. Ein zweiter Themenkomplex umfasste die bisherigen Regelungen der §§ 315 bis 319 über das einseitige Leistungsbestimmungsrecht. Den markantesten Teil des Titels 1 bildeten traditionell die bisherigen §§ 306 bis 309 über die anfängliche objektive Möglichkeit und ihre Rechtsfolgen. Der Entwurf nimmt demgegenüber folgende Neustrukturierung und „Anreicherung“ des Titels 1, der nunmehr mit „Begründung, Inhalt und Beendigung“ (von Schuldverhältnissen aus Verträgen) überschrieben und in 4 Untertitel untergliedert werden soll, vor:

- Entsprechend der bisherigen Reihenfolge soll der Titel 1 mit der „Begründung“ rechtsgeschäftlicher Schuldverhältnisse beginnen und entsprechend mit einem eigenen Untertitel 1 „Begründung“ eingeführt werden. Die bisherige Vorschrift des § 305 (= § 311 RE) wird dabei ergänzt um Regelungen über das Entstehen von Schuldverhältnissen vor Vertragsschluss (§ 311 Absatz 2 RE) und zu dritten Personen (§ 311 Abs. 3 RE). Ihr wird daher zukünftig eine weitaus größere Bedeutung als der bisherige § 305 zukommen. Im Anschluss daran werden – ebenfalls entsprechend der jetzigen Paragraphen-Reihenfolge – in § 311a RE die freilich erheblich modifizierten Rechtsfolgen der „anfänglichen Unmöglichkeit“ geregelt. Des Weiteren enthält der Untertitel 1 in den §§ 311b und 311c RE die zusammengefassten Vorschriften der bisherigen §§ 310 bis 314.

- Neu an dieser Stelle ist der Untertitel 2. Hier sollen in den Vorschriften der §§ 312 bis 312f RE die Widerrufsrechte und Informationspflichten bei „Besonderen Vertriebsformen“ geregelt werden. Dazu gehören die Regelungen des bisherigen Haustürwiderrufsgesetzes und des Fernabsatzgesetzes, die sich auf besondere Vertragsschluss-Situationen und damit horizontal auf (Verbraucher)Verträge aller Art beziehen. Dieselbe horizontale Erstreckung auf vertragliche Schuldverhältnisse aller Art bringt auch die Umsetzung der Artikel 10, 11 der Richtlinie über den elektronischen Rechtsverkehr mit sich. Die diese Artikel umsetzende Vorschrift des § 312e RE wird daher in den Untertitel 2 integriert.

- In den Untertitel 3 „Anpassung und Beendigung von Verträgen“ werden sodann bisher nicht im Bürgerlichen Gesetzbuch enthaltene Vorschriften über den Wegfall der Geschäftsgrundlage und die Kündigung von Dauerschuldverhältnissen aufgenommen.

- Der Titel 1 endet mit dem Untertitel 4 „Einseitige Leistungsbestimmungsrechte“, der die geltenden §§ 315 bis 319 enthält.

Zu Titel 1 - Begründung, Inhalt und Beendigung

Zu Untertitel 1 – Begründung

Zu § 311 – Rechtsgeschäftliche Schuldverhältnisse

Der neue § 311 fasst den Inhalt des bisherigen § 305 (jetzt Absatz 1) und die neuen Vorschriften über die culpa in contrahendo zu einer Vorschrift zusammen. Die bisherigen Inhalte werden wörtlich übernommen und nicht geändert.

Vorbemerkung

Culpa in contrahendo im geltenden Recht

Bereits vor Vertragsschluss kann eine Beziehung zwischen den Beteiligten entstehen, die es nahe legt, diese wie Vertragspartner einer vertragsähnlichen Haftung zu unterwerfen. Dem trägt das Institut der „culpa in contrahendo“ Rechnung. Angesichts der Vielfalt der im vorvertraglichen Stadium entstehenden Pflichten und der großen Unterschiede in den durch diese Pflichten geschützten Interessen stellt sich zunächst die Frage, ob eine Kodifikation des Instituts der „culpa in contrahendo“ möglich und sinnvoll ist. Weiter ist zu entscheiden, wo im Falle einer Normierung eine entsprechende Vorschrift eingestellt werden sollte. Schließlich

muss für ihren Inhalt entschieden werden, ob man eine generalklauselartige Fassung als solche formulieren oder die wichtigsten Anwendungsfälle der culpa in contrahendo normieren oder eine Generalklausel durch Einzelbeispiele konkretisieren sollte.

Im geltenden Recht gibt es eine Reihe von Einzelvorschriften, die auf den Grundgedanken vorvertraglicher Pflichten, deren Verletzung Schadensersatzansprüche auslösen kann, zurückgeführt werden können, doch fehlt eine umfassende Regelung. Gleichwohl ist das Verschulden bei Vertragsanbahnung als Rechtsinstitut anerkannt. So setzt z. B. der bisherige § 11 Nr. 7 AGBG die Haftung für culpa in contrahendo voraus, ohne allerdings den Inhalt dieses Rechtsinstituts zu regeln. Literatur und Rechtsprechung sind bemüht, durch Qualifizierung bestimmter Pflichten im vorvertraglichen Stadium und (oder) Konkretisierung von Fallgruppen die culpa in contrahendo in der Anwendung sicherer zu machen. Freilich hat sich ein gesicherter und abgeschlossener Kanon von Einzelregeln noch nicht herausgebildet, so dass hier allenfalls generalklauselartige Umschreibungen der Haftung für vorvertragliches Verschulden oder Lösungen bestimmter Einzelfälle als generell akzeptiert angesehen werden könnten.

Die culpa in contrahendo ist in ihrer über Jahrzehnte fortentwickelten Ausgestaltung gekennzeichnet durch eine große Flexibilität, die es verhindert, dass das Institut als solches erkennbare und reformbedürftige Mängel hat; zweifelhaft und vielleicht kritikwürdig sind stets nur konkrete Anwendungsfälle des Prinzips. Schwierigkeiten bereiten die generalklauselartigen Voraussetzungen der Haftung aus culpa in contrahendo vor allem in ihrer Konkurrenz zu anderen Rechtsbehelfen, etwa zu Gewährleistungsregeln oder zur Täuschungsanfechtung, wobei (auch) die Unterschiede in der Verjährung und im Verhältnis zu § 124 stören können. Auch kann unterlassene Aufklärung oder falsche Information durch Prospekte unter bestimmten weiteren Voraussetzungen zur allgemeinen Haftung aus culpa in contrahendo, aber auch zu einer - kürzer verjährenden - Haftung in Analogie zu Vorschriften des Börsengesetzes führen. Schließlich kann eine Haftung für Verletzung der in § 823 Abs. 1 geschützten Rechtsgüter, wenn sie im vorvertraglichen Raum geschehen ist, ebenfalls auf culpa in contrahendo gestützt werden und zu groben Divergenzen bei der Verjährung führen.

Das Preußische Allgemeine Landrecht enthielt in §§ 284 ff. I 5 eine Regelung der Haftung wegen Verletzung der „bei Abschließung des Vertrags ihm (d. h. einer Partei) obliegenden Pflichten“. Nach der (Wieder-)Entdeckung der culpa in contrahendo durch Ihering wurde das Institut auch in der französischen Theorie durch Salleilles bekannt (De la responsabilité précontractuelle, Rev. trim. dr. civ. 1907, 697 ff.; zum heutigen Stand s. Viney, Traité de droit civil, Paris 1982, S. 196-200). Beeinflusst vom deutschen Recht, aber auch von der französi-

schen Doktrin hat der italienische Gesetzgeber in der Neufassung des Codice civile im Jahre 1942 die vorvertragliche Verantwortlichkeit „nach Treu und Glauben“ in Artikel 1337 geregelt. Als begriffliche Umschreibung bestimmter Sachfragen findet sich die „Precontractual Liability“ auch in der amerikanischen Literatur (vgl. Kessler, Festschrift von Caemmerer 1978, S. 873 ff.).

Aber diese weitgehende Verbreitung der culpa in contrahendo bietet nur geringe Hilfe bei der Beantwortung der Frage, welche Sachfragen im Einzelnen mit einem solchen Institut befriedigend gelöst werden können. Denn die Bedeutung des Instituts weicht vielfach von der im deutschen Recht ab: Zumeist ist sie nur ein theoretisches Konzept, während die Lösung praktischer Fälle mit anderen rechtstechnischen Instrumenten bewältigt wird, etwa deliktischen Haftungsnormen, wo eine deliktische Generalklausel grundsätzlich auch die Verletzung von Vermögensinteressen erfasst, oder durch eine Haftung wegen „misrepresentation“ usw.. Bezeichnend ist deshalb die Feststellung von Bucher (S. 279), dass die culpa in contrahendo eine seltsame Eigendynamik in dem Sinne entfaltet habe, dass eine Berufung auf culpa in contrahendo sogar dann noch erfolge, wenn dazu im Bereich gesetzlicher Sondernormen kein Anlass bestehe. Im Übrigen gleichen die Lösungen und Sachargumente im Schweizer Recht weitgehend denen des deutschen Rechts (vgl. Bucher, S. 281 ff .), während über die begrifflich-systematische Einordnung (ebenso) Unsicherheit besteht.

Integration in das Bürgerliche Gesetzbuch

Die culpa in contrahendo hat sich zu einem der zentralen Rechtsinstitute des deutschen Zivilrechts entwickelt. Die Grundsätze dieses Rechtsinstituts sollen deshalb auch im Bürgerlichen Gesetzbuch als der zentralen deutschen Zivilrechtskodifikation ihren textlichen Ausdruck finden. Damit soll das Bürgerliche Gesetzbuch selbst auch wieder über den wirklichen Bestand des deutschen allgemeinen Schuldrechts Auskunft geben. Dass dies derzeit nicht möglich ist, erweist sich auch in der praktischen Abwicklung des Europäischen Übereinkommens über Auskünfte über ausländisches Recht vom 7. Juni 1968 (BGBl. 1974 II S. 937) als nachteilig. In diesem Zusammenhang muss ausländischen Gerichten auf Anfrage mitgeteilt werden, dass das Bürgerliche Gesetzbuch keine Regelungen zur culpa in contrahendo enthält, diese aber dennoch als Rechtsinstitut durch die Rechtsprechung entwickelt worden ist. Dies macht es auch nicht leicht, zukunftsweisende Entwicklungen des deutschen Rechts interessierten ausländischen Staaten zur Nachahmung zu empfehlen oder in die Europäische Rechtsentwicklung einzuführen.

Der Entwurf will das Institut der culpa in contrahendo nicht in allen Einzelheiten regeln. Dies wäre angesichts der großen Bandbreite und Vielfalt der zu berücksichtigenden Pflichten und

die Unterschiede in den durch diese Pflichten geschützten Interessen nicht zu leisten, aber auch nicht erstrebenswert. Es soll vielmehr – der Regelungstradition des Bürgerlichen Gesetzbuchs entsprechend – eine abstrakte Regelung vorgesehen werden, die der Ausdifferenzierung und Fortentwicklung durch die Rechtsprechung zugänglich ist. Allerdings soll der Regelung die Konturenschärfe erhalten bleiben, die verschiedentlich angemahnt worden ist (Dauner-Lieb in: Ernst/Zimmermann, S. 305 ff. 313; Köndgen in: Schulze/Schulte-Nölke, S. 244 f., 255 f.; Krebs, DB Beilage 14/2000 S. 9).

Für die Einordnung der Regelung in § 311 RE ist maßgebend, dass das für diese Haftungskategorie vorausgesetzte gesetzliche Schuldverhältnis im Vorfeld eines Vertrags entsteht. Deshalb wurde der Standort der vorgeschlagenen Vorschrift unmittelbar im Anschluss an das in § 311 RE angesprochene Vertragsprinzip gewählt. Für die möglichen Inhalte der Pflichten aus einem vor Vertragsschluss entstehenden gesetzlichen Schuldverhältnis kann dagegen auf § 241 Abs. 2 RE verwiesen werden.

Zu Absatz 1

Absatz 1 entspricht – wie bereits erwähnt – dem bisherigen § 305.

Zu Absatz 2

Allgemeines

Absatz 2 regelt - aufbauend auf einer gefestigten Rechtsprechung - die Voraussetzungen für das **Entstehen** eines vorvertraglichen Schuldverhältnisses. Über den **Inhalt** und die Reichweite der hierdurch begründeten Pflichten enthält die Vorschrift keine Aussage. Das führt dazu, dass z. B. die Frage, unter welchen Umständen der Abbruch von Vertragsverhandlungen oder das Zustandekommens eines inhaltlich nachteiligen Vertrags zur Haftung führen, bewusst ausgeklammert bleiben. Dass allerdings eine Haftung greift, wenn die dafür erforderlichen Umstände vorliegen, folgt aus dem Verweis auf § 241 Abs. 2 RE. Dieser wiederum bildet einen der Fälle, in denen der Schuldner nach § 280 RE auf Schadensersatz haftet.

Im geltenden Recht ist das Verhältnis von Ansprüchen aus culpa in contrahendo zu Ansprüchen auf Erfüllung des Vertrags oder wegen Verletzung von vertraglichen Hauptpflichten sehr differenziert und auch nicht vollständig geklärt. Culpa in contrahendo wird oft Fälle erfassen, in denen es später nicht zu dem (in Aussicht genommenen) Vertragsschluss kommt. Anders liegt es im Fall der Verletzung von Verhaltens-, insbesondere von Informationspflich-

ten im vorvertraglichen Stadium, die zu einem für den späteren Vertragspartner nachteiligen Vertragsinhalt führt. Auch hier kann man von einer haftungsbegründenden Funktion der Aufnahme von Vertragsverhandlungen sprechen. Der Schaden realisiert sich aber gerade im formal gültigen Vertragsabschluss. Es ist erwogen worden, diese Bereiche gesetzestechnisch zu trennen. Dies erwies sich als unzweckmäßig. Die Haftung folgt in allen Fällen stets aus § 280 RE. Danach besteht in jedem Fall eine Haftung auf Schadensersatz. Ob es genügt, wenn der Geschädigte auf dieser Grundlage unter Anwendung von § 249 die Lösung von dem Vertrag als Naturalrestitution zu verlangen, oder ob auch eine Modifikation der eingegangenen vertraglichen Verpflichtungen in Betracht kommt, soll offen und der Rechtsprechung überlassen bleiben.

Zu Nummer 1 – Aufnahme von Vertragsverhandlungen

Culpa in contrahendo setzt ein vertragsähnliches Vertrauensverhältnis voraus (BGH, NJW 1981, 1035). Das erste und klassische Vertrauensverhältnis dieser Art ist das „Rechtsverhältnis der Vertragsverhandlungen“ (Stoll), das dem Rechtsinstitut seinen Namen gegeben hat und das deshalb auch in Nummer 1 angesprochen wird. Das Schuldverhältnis entsteht durch den Beginn der Vertragsverhandlungen. Es endet, wenn es zur Beendigung der Verhandlungen kommt oder wenn der Vertrag, über den verhandelt worden ist, zustande kommt. Dann bestehen vertragliche Pflichten. Das durch die Aufnahme von Vertragsverhandlungen entstehende Schuldverhältnis ist – wie bisher – dadurch gekennzeichnet, dass es keine primären Leistungspflichten begründet. Es bestehen lediglich Pflichten zur Rücksicht, Fürsorge und Loyalität. Wie weit diese Pflichten reichen, bestimmt sich nach den Umständen des Einzelfalls. Diese entziehen sich ebenso wie ihre nähere Ausprägung einer gesetzlichen Regelung; dies muss auch weiterhin der Rechtsprechung überlassen bleiben. Dabei kann und sollte auf die Ergebnisse der bisherigen Rechtsprechung zurückgegriffen werden, die auch für die jetzt getroffene Regelung zutreffen.

Dies gilt auch für die Rechtsfolgen, deren Grundlage jetzt allerdings § 241 Abs. 2 in Verbindung mit § 280 RE sind. Danach ist Schadenersatz zu leisten, wenn dem anderen Teil durch die Verletzung vorvertraglicher Pflichten bei den Vertragsverhandlungen ein Schaden entstanden ist und der Schuldner dies zu vertreten hat. Eine Änderung der bisherigen Rechtsprechung zu den denkbaren Fallgruppen, etwa zum grundlosen Abbruch der Vertragsverhandlungen, ist nicht beabsichtigt.

Zu Nummer 2 – Anbahnung eines Vertrags

Der zweite klassische Fall der culpa in contrahendo ist die Anbahnung des Vertrags. Sie

wird in Nummer 2 angesprochen. Hier bestehen keine Verhandlungen. Vielmehr geht es um Fälle wie den Linoleumrollenfall des RG (RZG, 78, 239) oder den Salatblattfall des BGH (BGHZ 66, 4). In diesen Fällen öffnet ein Unternehmer sein Geschäftslokal dem Verkehr, um potenziellen Kunden die Möglichkeit der Kontaktaufnahme und zum Vertragsschluss zu geben. Es geht also um eine potenzielle rechtsgeschäftliche Beziehung. Wenn der eine Teil dem anderen Teil im Hinblick auf eine solche rechtsgeschäftliche Beziehung die Einwirkung auf seine Rechte, Rechtsgüter und Interessen ermöglicht, entstehen ähnliche Obhutspflichten wie in der Fallgruppe 1. Rechte und Rechtsgüter sind die in § 823 Abs. 1 angesprochenen. Interessen sind insbesondere die Vermögensinteressen des anderen Teils, aber auch zum Beispiel die Entscheidungsfreiheit.

Auch in den Fällen der Nummer 2 ergeben sich die Rechtsfolgen aus § 280 RE.

Zu Nummer 3 – ähnliche geschäftliche Kontakte

In der Rechtsprechung ist anerkannt, dass Ansprüche aus culpa in contrahendo nicht nur bei Vertragsverhandlungen oder bei der Anbahnung von Verträgen entstehen, sondern auch bei ähnlichen geschäftlichen Kontakten. Dies sind Kontakte, bei denen z. B. noch kein Vertrag angebahnt, ein solcher aber vorbereitet werden soll. Voraussetzung für eine Haftung ist, dass es sich um die an dem potenziellen Vertrag Beteiligten handelt. Nicht ohne weiteres erfasst werden Dritte, die in einem Näheverhältnis zu einer der Vertragsparteien stehen. Diese werden allerdings geschützt, wenn sie in den Schutzbereich des Schuldverhältnisses einbezogen sind. Das ist nach den Grundsätzen über den Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter zu entscheiden, die auch weiterhin auf vorvertragliche Schuldverhältnisses anzuwenden sind.

Zu Absatz 3

Zu Satz 1

Absatz 3 Satz 1 bestimmt, dass ein vertragsähnliches Schuldverhältnis auch mit Personen entstehen kann, die gar nicht selbst Vertragspartei werden sollen. Das sind insbesondere die Fälle der Eigenhaftung des Vertreters oder Verhandlungsgehilfen. Gerade in diesem Bereich der Haftung aus culpa in contrahendo ist die Entwicklung derzeit noch nicht abgeschlossen. Deshalb gilt auch für Absatz 3, dass im Gesetz zwar die Möglichkeit einer Haftung auch von Dritten angesprochen, aber in einer Weise geregelt werden soll, die eine Wieterentwicklung dieses Rechtsinstituts durch Praxis und Wissenschaft erlaubt.

Zu Satz 2

Die wichtigste Fallgruppe sind Fälle, in denen jemand besonderes Vertrauen für sich selbst in Anspruch nimmt. Diese Fallgruppe spricht Satz 2 exemplarisch an. Das besondere Vertrauen muss über das normale Verhandlungsvertrauen hinausgehen (BGH, NJW-RR 1991, 1242). Dafür genügt es nicht, wenn jemand auf eigene Sachkunde verweist oder der Wortführer ist. Ausreichen kann aber z. B. die Erklärung, man verbürge sich für den Vertragspartner oder ähnliches.

Angesprochen ist damit auch die Sachwalterhaftung. Es handelt sich um die Haftung von Sachverständigen oder anderer „Auskunftspersonen“, die nicht selbst ein Eigeninteresse an einem Abschluss des Vertrags haben, dennoch aber durch ihre Äußerungen entscheidend zum Vertragsabschluss beitragen, weil sich ein Verhandlungspartner auf ihre Objektivität und Neutralität verlässt. Hierfür hat sich der Begriff Sachwalter eingebürgert. Solche Fälle werden derzeit nicht durchgängig als Anwendungsfälle des Rechtsinstituts der culpa in contrahendo begriffen. Teilweise wird eine Haftung nur angenommen, wenn zwischen dem Sachverständigen oder der Auskunftsperson und einem der Verhandlungspartner (oder beiden) ein Auskunfts- oder Beratungsvertrag zustande gekommen ist, was auch durch schlüssiges Verhalten geschehen sein kann (dazu Sutschet, Der Schutzanspruch zugunsten Dritter, 1999, S. 134 f. und 137 f.). Teilweise werden diese Fälle aber auch als Anwendungsfälle der culpa in contrahendo angesehen. Diese setzt eine vertragliche Bindung gerade nicht voraus, die in diesen Fällen oft nicht einfach zu bejahen ist. Bei Anwendung der culpa in contrahendo kommt es entscheidend darauf an, ob Vertrauen in Anspruch genommen worden ist oder nicht. Die Vorschrift soll der Rechtsprechung aufzeigen, dass diese Fälle auch auf diesem Wege zu lösen sind.

Zu § 311a – Ausschluss der Leistungspflicht bei Vertragsschluss

Vorbemerkung

Aufhebung der bisherigen §§ 306 bis 308

Derzeit regeln die §§ 306 bis 308 den Fall der anfänglichen Unmöglichkeit einer Leistung: § 306 bestimmt, dass ein auf eine unmögliche Leistung gerichteter Vertrag nichtig ist; nach § 307 kann eine Vertragspartei der anderen Vertragspartei zum Ersatz des negativen Interesses (Vertrauensschadens) verpflichtet sein; § 308 macht für den Fall der nur vorübergehenden Unmöglichkeit Ausnahmen von der Nichtigkeitsfolge des § 306. § 309 erweitert die

Anwendbarkeit der §§ 306 bis 308 auf Fälle, in denen ein Vertrag gegen ein gesetzliches Verbot verstößt.

Die Vorschriften der §§ 306 bis 308 werden allgemein als unsachgemäß angesehen. Dies gilt sowohl im Hinblick auf die Nichtigkeitsfolge als auch in Bezug auf die Begrenzung des Ersatzanspruchs auf das negative Interesse (§ 307). Huber (Gutachten, S. 692, 813 ff.) hat ihre Aufhebung vorgeschlagen. Dem war die Schuldrechtskommission in ihren Vorschlägen gefolgt. Der Entwurf sieht – dem folgend – die Aufhebung der bisherigen §§ 306 bis 309 vor. Die anfängliche objektive Unmöglichkeit soll künftig als Fall der Leistungsstörung nach den allgemeinen Regeln behandelt werden. Von der Rechtsprechung in Anwendung des bisherigen § 306 gelöste Fälle des Versprechens einer Leistung, die nur Aberglaube für möglich halten kann (vgl. LG Kassel, NJW 1985, 1642, LG Kassel, NJW-RR 1988, 1517), rechtfertigen die Beibehaltung dieser Vorschrift nicht; sie dürften (häufig) als sittenwidrig und deshalb nach § 138 als nichtig behandelt werden können.

Nach den neuen Regeln (§ 311a Abs. 2 RE) kann über das nach geltendem Recht im Falle des bisherigen § 306 allein mögliche negative Interesse hinaus Schadensersatz beansprucht werden. Auch hat der Vorwurf gegen den Schuldner nach dem geltenden § 307 Abs. 1 nicht dessen Leistungsunvermögen zum Gegenstand, sondern die unterbliebene Vergewisserung über seine Leistungsmöglichkeit. Gleichwohl sind die Gründe, die gegen eine Beibehaltung der bisherigen Regelung in den §§ 306 bis 309 sprechen, gewichtiger: Der Eintritt der Unmöglichkeit vor oder nach Vertragsschluss kann zufällig und sein genauer Zeitpunkt zuweilen auch schwer beweisbar sein; im Übrigen kennt das geltende Recht bereits eine Haftung auf das volle Interesse in Fällen anfänglich objektiver Unmöglichkeit. Tatsächlich kann die Neuregelung zu Ansprüchen auf Ersatz des positiven Interesses führen, obwohl der Schuldner eigentlich eine vorvertragliche Pflicht zur Prüfung seines Leistungsvermögens verletzt hat. Das ist aber auch schon gegenwärtig nach den §§ 437, 463 und nach der Rechtsprechung in den Fällen der Haftung wegen des Verkaufs technisch unmöglicher Verfahren der Fall.

Vorschlag der Schuldrechtskommission

Für die Haftung des Schuldners bei anfänglich objektiver Unmöglichkeit sollte nach dem Vorschlag der Schuldrechtskommission in Fällen, in denen die Verantwortung des Schuldners allein auf Grund der fehlenden Vergewisserung über seine Leistungsfähigkeit begründet ist, nach §§ 305 Abs. 1 Satz 2, 280 KE gelten, was der BGH (NJW 1988, 2234, 2236) für einen Fall der culpa in contrahendo durch Verletzung der Aufklärungspflicht ausgeführt hat: Der Geschädigte ist so zu stellen, wie er ohne die Pflichtwidrigkeit des anderen Teils stehen würde. Welcher Schaden dabei erstattungsfähig ist, richtet sich angesichts der Vielgestaltig-

keit, in der ein Verschulden bei Vertragsanbahnung in Betracht kommen kann, nach der Ursächlichkeit des schadensstiftenden Verhaltens für den eingetretenen Schaden im Einzelfall. Der Anspruch geht in aller Regel auf Ersatz des sog. negativen Interesses, das allerdings nicht durch das Erfüllungsinteresse begrenzt wird, dieses vielmehr im Einzelfall auch übersteigen kann. Der Gläubiger ist deshalb so zu stellen, wie er bei Erfüllung der den Schuldner treffenden Pflichten zur Vergewisserung und Information gestanden hätte. Hätte er dann statt des undurchführbaren Geschäfts ein anderes abgeschlossen, so kann er ersetzt verlangen, was ihm aus diesem Geschäft zugeflossen wäre.

Die Regelung des bisherigen § 309 in Verbindung mit § 307 würde danach überflüssig. Kenntnis oder Kennenmüssen des Gläubigers von einer anfänglichen Leistungsunmöglichkeit des Schuldners oder Gesetzwidrigkeit des Vertrags - derzeit § 307 Abs. 1 Satz 2 - begründet ein Mitverschulden an einem Schaden, der aus dem Ausbleiben der Leistung entsteht. Der bisherige § 308 würde auch im Anwendungsbereich des bisherigen § 309 - der ohnehin nur klarstellende Funktion hat (Palandt/Heinrichs, § 309 Rdn. 1) - entbehrlich.

Modell des Entwurfs

Der Entwurf folgt der Schuldrechtskommission im Ansatz. Im Unterschied zu deren Vorschlag hält er eine gesetzliche Klarstellung, dass der bisherige § 306 nicht mehr gilt, für angezeigt. Außerdem soll gesetzlich geregelt werden, dass der Schuldner auf das positive Interesse haftet, wenn er den Vertrag abschließt, obwohl er weiß oder fahrlässig nicht weiß, dass die Leistung objektiv unmöglich ist.

Zu Absatz 1

Nach § 311a Abs. 1 RE steht es der Gültigkeit eines Vertrags nicht entgegen, dass die Leistung für den Schuldner oder für jedermann schon bei Vertragsschluss unmöglich ist. Diese Bestimmung, deren Formulierung bewusst an Art. 4.102 der Principles of European Contract Law angelehnt ist, hat lediglich klarstellenden Charakter. Die Schuldrechtskommission hat, wie ausgeführt, die schlichte Aufhebung für ausreichend erachtet. Der Entwurf hält die Aufnahme einer klarstellenden Regelung in das Gesetz für zweckmäßig, weil sich die Abkehr von dem bisherigen § 306 nicht von selbst versteht und die Rechtslage daher ausdrücklich aus dem Gesetz hervorgehen sollte (so auch U. Huber, ZIP 2000, 2149; Canaris in: Schulze/Schulte-Nölke, S. 45 ff. 63 bei Fn. 68).

Die Anordnung der Wirksamkeit des Vertrags in § 311a Abs. 1 RE steht nicht in Widerspruch zu § 275 Abs. 1 RE. Allerdings gilt diese Vorschrift auch für die anfängliche Unmöglichkeit. Ein Anspruch auf die Primärleistung kommt daher hier von vornherein nicht in Betracht. Das ist jedoch keineswegs dogmatisch unvereinbar mit der Wirksamkeit des Vertrags, sondern bedeutet lediglich, dass hier ein Vertrag ohne primäre Leistungspflicht entsteht, was seit langem eine anerkannte dogmatische Kategorie darstellt. Dieser bildet die Grundlage für einen etwaigen Surrogationsanspruch nach § 285 RE und vor allem für die Ersatzansprüche nach § 311a Abs. 2 RE.

Dass der Vertrag aus einem anderen Grund als wegen der Unmöglichkeit als solcher nichtig oder anfechtbar ist, schließt § 311a Abs. 1 RE nicht aus. Verstößt der Vertrag also z. B. gegen ein gesetzliches Verbot im Sinne von § 134, so ändert § 311a Abs. 1 RE nichts an seiner Nichtigkeit. Es ist erwogen worden, in noch engerer Anlehnung an Art. 4.102 Principles of European Contract Law zu formulieren: „Ein Vertrag ist nicht *allein* deshalb ungültig, weil ...“. Davon ist aber abgesehen worden, weil die hier gewählte Formulierung den im deutschen Recht üblichen Heilungsregelungen entspricht, die insoweit dasselbe aussagen und stets in diesem Sinne verstanden worden sind (vgl. z. B. Artikel 231 § 7 Abs. 1 EGBGB). Was die Schadensersatzpflicht für den Fall, dass eine Partei den Verstoß gegen § 134 zu vertreten hat, angeht, so entfällt zwar zugleich mit dem bisherigen § 306 zwangsläufig die Anspruchsgrundlage des bisherigen § 309. Das ändert aber im Ergebnis wenig, weil an deren Stelle ein Anspruch aus culpa in contrahendo (§§ 241 Abs. 2, 280 RE) tritt. Zweifelhaft ist lediglich, ob dieser ebenso wie nach dem bisherigen § 309 in Verbindung mit dem bisherigen § 307 Abs. 1 Halbsatz 2 der Höhe nach durch das positive Interesse begrenzt wird. Die rigide Regelung des bisherigen § 309 in Verbindung mit dem bisherigen § 307 Abs. 1 Satz 2, wonach die Ersatzpflicht entfällt, wenn der andere Teil die Gesetzeswidrigkeit kennen muss, wird durch die flexiblere Regelung des § 254 BGB ersetzt.

Anders liegt es freilich hinsichtlich der Frage, ob der Schuldner nach § 119 Abs. 2 mit der Begründung anfechten kann, das Leistungshindernis sei ihm unbekannt gewesen und stelle eine verkehrswesentliche Eigenschaft im Sinne dieser Vorschrift dar. Tatbestandlich ist das keineswegs von vornherein ausgeschlossen, weil z. B. die Tatsache, dass eine Sache nicht dem Verkäufer, sondern einem Dritten gehört, durchaus als verkehrswesentliche Eigenschaft qualifiziert werden kann. Es ist erwogen worden, klarzustellen, dass die Unkenntnis eines anfänglichen Leistungshindernisses den Schuldner nicht zur Anfechtung nach § 119 Abs. 2 berechtigt. Davon ist jedoch abgesehen worden. Eine solche Klarstellung ist unnötig. Anerkanntermaßen ist eine Anfechtung durch den Schuldner unzulässig, wenn sie nur das Ziel

haben kann, sich etwaigen Schadensersatz- oder Gewährleistungsansprüchen zu entziehen (BGH, NJW 1988, 2598).

Zu Absatz 2

Zu Satz 1

Welche Rechtsfolge es hat, wenn ein Vertrag auf eine von vornherein unmögliche Leistung gerichtet ist, regelt § 311a Abs. 2 RE. Dabei wird ausdrücklich ein Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung, also auf das positive Interesse gewährt. Das ist erforderlich, weil sich aus der Verletzung einer vorvertraglichen Informationspflicht nach den allgemeinen Regeln des Schadensersatzrechts nun einmal grundsätzlich nur ein Anspruch auf das negative Interesse ergibt, wohingegen der Entwurf einen Anspruch auf das positive Interesse als die angemessene Rechtsfolge ansieht. Eine solche Klarstellung erscheint angezeigt, zumal die Schuldrechtskommission in ihrem Bericht (S. 146) nur den Ersatz des negativen Interesses für möglich gehalten hat, wie oben ausgeführt.

Dogmatisch gesehen folgt der Anspruch auf das positive Interesse aus der Nichterfüllung des – nach § 311a Abs. 1 RE wirksamen – Leistungsversprechens und nicht etwa aus der Verletzung der – nach § 275 RE ausgeschlossenen – Leistungspflicht. Aus diesem Grund werden die Rechtsfolgen in § 311a auch eigenständig geregelt. Gegen diese Lösung ist eingewandt worden, dass sich das positive Interesse mitunter nicht bestimmen lasse (Dauner-Lieb/Arnold/Dötsch/Kitz, Anmerkungen und Fragen zur konsolidierten Fassung des Diskussionsentwurfs eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, 2001, S. 52). Das ist indes eher selten und keine Besonderheit des § 311a RE. Jedenfalls spricht das nicht dagegen, einen solchen Anspruch zu gewähren, zumal die Ermittlung des Schadens in der Mehrzahl der Fälle keine Schwierigkeiten bereitet.

Alternativ erhält der Gläubiger einen Anspruch auf Aufwendungsersatz nach Maßgabe von § 284 RE. Das entspricht dem Bestreben, die anfängliche Unmöglichkeit hinsichtlich der Rechtsfolgen genauso zu behandeln wie die nachträgliche. Ist dem Gläubiger indes z. B. wegen seines Vertrauens auf den Vertrag, dessen Erfüllung sich als unmöglich erweist, ein anderes lukrativeres Geschäft entgangen, so erhält er den darin liegenden Verlust nach der derzeitigen Fassung von § 311a Abs. 2 RE nicht ersetzt. Dies entspricht der geltenden Regelung in § 307. Danach erhält er das negative Interesse nur bis zur Grenze des positiven ersetzt, wobei er letzteres nach § 311a Abs. 2 RE ohnehin verlangen kann.

Sowohl der Anspruch auf Schadensersatz als auch der Anspruch auf Aufwendungsersatz sind verschuldensabhängig. Daran ist vor allem von U. Huber Kritik geübt worden (Leistungsstörungen Bd. I S. 122; ders., in: Ernst/Zimmermann, 31, 87, 104 und ZIP 2000, 2273, 2278). Diese Kritik überzeugt nicht. Das Garantieprinzip führt zu Ergebnissen, die unter Gerechtigkeitsgesichtspunkten keinesfalls zu überzeugen vermögen, während sich das Verschuldensprinzip sowohl durch höhere rechtsethische Überzeugungskraft als auch durch größere Flexibilität auszeichnet. So ist es z. B. nicht einzusehen, warum der Verkäufer eines abhanden gekommenen Kunstwerks dem Käufer auch dann auf das positive Interesse haften soll, wenn das Abhandenkommen für ihn schlechterdings unerkennbar war. Ebenso wenig leuchtet es ein, dass der Verpächter eines Grundstücks, der als solcher im Grundbuch eingetragen ist, dem Pächter vielleicht für Jahrzehnte Schadensersatz statt der Leistung zu zahlen hat, wenn sich herausstellt, dass auf Grund eines jüngeren Testaments in Wahrheit nicht er, sondern ein anderer der Erbe und damit Eigentümer des Grundstücks ist; zwar ergibt sich diese Rechtsfolge derzeit noch unmittelbar aus § 541 in Verbindung mit § 538 Abs. 1 Alt. 1, doch erhöht das ihren Gerechtigkeitsgehalt nicht, sondern zeigt nur, dass hier Korrekturbedarf besteht.

Anders als die Schuldrechtskommission geht der Entwurf davon aus, dass sich das Pflichtenprogramm des Schuldners vor Vertragsschluss anders gestaltet als nach Vertragsschluss. Vorher geht es nämlich im Wesentlichen um Informationspflichten, nachher dagegen um Pflichten bezüglich des Leistungsgegenstandes selbst. Deshalb wird die Schadensersatzpflicht für anfängliche Unmöglichkeit jetzt nicht mehr als bloßer Unterfall eines allgemeinen Tatbestandes der Pflichtverletzung behandelt wie in den Vorschlägen der Schuldrechtskommission. Sie beruht vielmehr auf eigenständigen Anspruchsvoraussetzungen, die der Eigentümlichkeit dieser Konstellation als Informations- und Irrtumsproblematik Rechnung tragen. Demgemäss stellt § 311a Abs. 2 RE darauf ab, ob der Schuldner die Unmöglichkeit kannte oder kennen musste. Die Beweislast soll wie in § 280 Abs. 1 Satz 2 RE insoweit umgekehrt sein. Das entspricht dem allgemeinen Prinzip, wonach bei Schadensersatzansprüchen aus Schuldverhältnissen grundsätzlich vermutet wird, dass der Schuldner den Grund für die aus seinem Bereich stammende Störung zu vertreten hat.

Daraus folgt, dass es sich bei § 311a Abs. 2 RE um eine eigene Anspruchsgrundlage und nicht etwa lediglich um einen Unterfall des allgemeinen Pflichtverletzungstatbestandes des § 280 RE handelt. Das wird mittelbar dadurch bestätigt, dass in § 311a Abs. 2 RE – anders als in den §§ 281 bis 283 RE – nicht auf § 280 RE Bezug genommen wird.

Es ist erwogen worden, auch den Fall zu regeln, dass der Schuldner seine Unkenntnis von der Unmöglichkeit nicht zu vertreten hat. Für solche Fälle hatte Canaris (in: Schulz/Schulte-Nölke, S. 44 ff., 66 ff.) eine entsprechende Anwendung von § 122 befürwortet. Der Entwurf hält das für einen gangbaren Lösungsansatz. Dieser soll aber nicht gesetzlich festgeschrieben werden, weil dazu auch die Regelung des § 119 Abs. 2 überprüft werden müsste, was den Rahmen dieses Gesetzgebungsvorhabens sprengen würde. Diese Frage soll deshalb der Rechtsprechung überlassen bleiben, die sie aber im Sinne von Canaris lösen könnte.

Zu Satz 2

§ 311a Abs. 2 Satz 2 RE verweist zunächst auf § 281 Abs. 1 Satz 3 RE. Auch die anfängliche Unmöglichkeit kann sich auf einen Teil der Leistung beschränken. Dann stellt sich für den Umfang des Schadensersatzanspruchs die bereits in § 281 Abs. 1 Satz 3 RE geregelte Frage, unter welchen Voraussetzungen Schadensersatz statt der ganzen Leistung verlangt werden kann. Auch bei der Schlechtleistung kann ein Fall einer bereits bei Vertragsschluss vorliegenden Unmöglichkeit der Nacherfüllung gegeben sein. Auch in diesen Fällen ist gemäß § 311a Abs. 2 Satz 2 in Verbindung mit § 281 Abs. 1 Satz 3 RE der Interessefortfall auf Seiten des Gläubigers maßgeblich dafür, ob Schadensersatz statt der ganzen Leistung verlangt werden kann. Schließlich ist aus denselben Gründen, wie zu § 283 Satz 2 RE erläutert, auch § 281 Abs. 4 in Bezug zu nehmen.

Zu 311b – Verträge über Grundstücke, das Vermögen und den Nachlass

§ 311b RE fasst die bisherigen Vorschriften der §§ 310 bis 313 unter wörtlicher Übernahme der bisherigen Regelungsinhalte in einer einheitlichen Vorschrift zusammen: Der bisherige § 313 wird dabei zu § 311b Abs.1 RE, der bisherige § 310 zu § 311b Abs. 2 RE, der bisherige § 311 zu § 311b Abs. 3 RE, der bisherige § 312 Abs. 1 zu § 311b Abs. 4 RE und der bisherige § 312 Abs. 2 wird zu § 311b Abs. 5 RE. Inhaltliche Änderungen ergeben sich nicht.

Zu § 311c – Erstreckung auf Zubehör

§ 311c entspricht wörtlich dem bisherigen § 314.

Zu Untertitel 2 – Besondere Vertriebsformen

Vorbemerkung

Mit dem Untertitel 2 werden das Gesetz über den Widerruf von Haustürgeschäften und ähnlichen Geschäften (Haustürwiderrufsgesetz) und das Fernabsatzgesetz in das Bürgerliche Gesetzbuch integriert. Zugleich werden die Besonderheiten beim Vertragsschluss im elektronischen Geschäftsverkehr hier geregelt. Mit der Integration und Zusammenfassung werden im Wesentlichen drei Ziele verfolgt:

- Durch die Integration der Vorschriften im Bürgerlichen Gesetzbuch soll zunächst die praktische Arbeit des Rechtsanwenders erleichtert werden, der sich derzeit durch die Zersplitterung des Rechtsstoffs im Bürgerlichen Gesetzbuch und in unterschiedlichen Sondergesetzen die im konkreten Fall anwendbaren Normen zum Teil regelrecht „zusammensuchen“ muss. Der Rechtsanwender findet zukünftig die Regelungen zum Vertragsschluss wie Informationspflichten und Widerrufsrecht wieder dort, wo er sie – zu Recht – vermuten darf: Im Bürgerlichen Gesetzbuch.

- Durch die Integration in das Bürgerliche Gesetzbuch wird der sich aus der derzeitigen „organisatorischen Desintegration“ folgenden Gefahr vorgebeugt, dass sich – wie zum Teil bereits geschehen – dogmatische Reservate (so Dörner, in Schulze/Schulte-Nölke, S. 187 ff., 189) in den einzelnen Sondergesetzen ausbilden, die separate Lösungsansätze und eigenwillige Begriffsbildungen und –verständnisse fördern. Dies würde letztlich auch das Entstehen von Wertungswidersprüchen zwischen den einzelnen Regelungsbereichen in den Sondergesetzen einerseits, aber auch im Hinblick auf die Prinzipien des Bürgerlichen Gesetzbuchs andererseits begünstigen. Die Begrifflichkeit in den Sondergesetzen war bis zum Inkrafttreten des Gesetzes über Fernabsatzverträge und andere Fragen des Verbraucherrechts sowie zur Umstellung von Vorschriften auf Euro vom 27. Juni 2000 (BGBl. I S. 897) ebenso uneinheitlich wie die Gestaltung von Informationspflichten und Widerrufsrechten, ohne dass sich hierfür sachliche Erklärungen finden ließen. Mit der Umsetzung der Fernabsatzrichtlinie hat der Gesetzgeber durch die Schaffung zentraler Definitionen und einer einheitlichen Regelung für das Widerrufs- und das Rückgaberecht in den Verbraucherschutzgesetzen einen Systematisierungsprozess in Gang gesetzt, der durch die Integration der Sondergesetze im Bürgerlichen Gesetzbuch fortgesetzt wird.

- Durch die Zusammenführung der Vorschriften über Haustürgeschäfte und Fernabsatzverträge sowie der Regelung über den Vertragsschluss im elektronischen Geschäftsverkehr im Allgemeinen Schuldrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs wird deren Ausstrahlungswirkung auf alle Schuldverhältnisse aus Verträgen, die außerhalb des „Ladengeschäfts“, außerhalb fester Verkaufs- und Geschäftsräume angebahnt und

abgeschlossen werden, verdeutlicht. Zugleich werden durch die Regelung in einem Untertitel die Querverbindungen zwischen den Anwendungsbereichen etwa von Fernabsatzverträgen und Verträgen, die im elektronischen Geschäftsverkehr geschlossen werden, transparent.

Vor dem Hintergrund der zuletzt genannten Gemeinsamkeit des Vertragsschlusses außerhalb von Geschäftsräumen ist erwogen worden, die Vorschriften über Fernabsatzverträge, Haustürgeschäfte und Verträge im elektronischen Geschäftsverkehr unter dem Oberbegriff „Verträge im Direktvertrieb“ zusammenzufassen, um auf diese Weise die Anwendungsbereiche, Informationspflichten und Widerrufsrechte noch weiter vereinheitlichen zu können. Diese Vereinheitlichung war von Micklitz (in: Micklitz/Reich, Die Fernabsatzrichtlinie im deutschen Recht, 1998 Nr. 101 S. 53; ders. in: Schulze/Schulte-Nölke, S. 203 ff., 218 ff.) schon im Zusammenhang mit dem erwähnten Gesetz vom 27. Juni 2000 gefordert worden. In jenem Gesetz konnte aber – aus Zeitgründen – nur eine Vereinheitlichung des Widerrufsrechts und seiner Modalitäten realisiert werden (dazu: Rott, VuR 2001 Heft 3; J. Schmidt-Räntsch, VuR 2000, 427, 430 ff.). Sie hätte – neben dem Gewinn an Systematisierung und Transparenz- auch die Lösung der Mischfälle (z. B. Anbahnung des Vertragsschlusses erfolgt unter Anwesenheit beider Parteien auf einer Verkaufsparty; der Vertragsschluss kommt durch Abruf des Bestellformulars von der Homepage des Unternehmers und dessen Ausfüllen und Absendung durch den Verbraucher zustande) erleichtern können. Eine solche Vereinheitlichung hätte die ihr zugedachte Wirkung aber nur erreichen können, wenn die Anwendungsbereiche des Haustürwiderrufsgesetzes, des Fernabsatzgesetzes sowie der Regelungen über den Vertragsschluss im elektronischen Geschäftsverkehr weitgehend in Übereinstimmung hätten gebracht werden können. Da die diesen Gesetzen zugrunde liegenden europäischen Richtlinien nicht aufeinander abgestimmt sind, hätte dies vorausgesetzt, dass die Richtlinien im Anwendungsbereich nicht tel quel, sondern überobligatorisch umgesetzt werden. Das gilt für die vorhandenen Bereichsausnahmen ebenso wie für den Umstand, dass die Anwendung der Regelungen über Fernabsatzverträge die **ausschließliche** Verwendung von Fernkommunikationsmitteln voraussetzt. Das ist derzeit nicht erreichbar. Erreichbar ist aber eine weitere Annäherung und Vereinheitlichung, die hier aus Anlass der Integration in das Bürgerliche Gesetzbuch verwirklicht werden soll.

Die Integration des Fernabsatzgesetzes und des Haustürwiderrufsgesetzes sowie die Umsetzung der Artikel 10, 11 E-Commerce-Richtinie ist wie folgt angelegt:

- Die allgemeinen Vorschriften zum Widerrufs- und Rückgaberecht finden sich in den §§ 355 ff. RE, die an die Stelle der bisherigen §§ 361a und 361b treten. Dort sind –

wie bisher in den §§ 361a und 361b - die Widerrufsfristen, die Belehrungserfordernisse sowie Bestimmungen zu verbundenen (finanzierten) Geschäften und zu den Rechtsfolgen des Widerrufs geregelt. Auf diese Vorschriften wird in den Spezialvorschriften zu Haustürgeschäften und Fernabsatzverträgen verwiesen.

- Die bei Fernabsatzverträgen und bei Verträgen im elektronischen Geschäftsverkehr vom Unternehmer zu beachtenden Informationspflichten finden sich in §§ 1 und 3 der Verordnung über Informationspflichten nach Bürgerlichem Recht. Durch diese „Auslagerung“ wird der Gesetzestext im Bürgerlichen Gesetzbuch übersichtlicher.

- Das Umgehungsverbot (§ 5 Haustürwiderrufsgesetz (HTWG) und § 5 FernAbsG) wird einheitlich in § 312f RE geregelt. Die Übergangsvorschriften im Fernabsatzgesetz (dort § 6) und im Haustürwiderrufsgesetz (dort § 9) werden durch die Allgemeine Überleitungsvorschrift des Artikels 229 § 4 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche ersetzt.

- In den §§ 312 ff RE finden sich die Definitionen der Haustürgeschäfte, Fernabsatzverträge und der Verträge im elektronischen Geschäftsverkehr, die jeweiligen Ausnahmen des Anwendungsbereichs sowie besondere Rechte und Pflichten.

Zu § 312 – Widerrufsrecht bei Haustürgeschäften

Die Absätze 1 und 2 entsprechen dem bisherigen § 1 HTWG. Der Eingangssatz wird lediglich etwas präziser gefasst und um die Legaldefinition der Haustürgeschäfte ergänzt. Zugleich wird in Satz 1 Nr. 2 der Begriff der „anderen Vertragspartei“ durch „Unternehmer“ ersetzt. Dies entspricht der Terminologie für die Regelungen von Verbraucherverträgen, die einheitlich von „Verbraucher“ und „Unternehmer“ als den Vertragsparteien sprechen. Im Übrigen werden die Verweisungen auf die bisherigen §§ 361a und 361b durch die Verweisung auf die §§ 355, 356 RE ersetzt. In Absatz 2 Satz 1 wird die bisher in § 6 HTWG geregelte Ausnahme für Versicherungsverträge eingefügt. Ansonsten entspricht Absatz 2 wörtlich dem bisherigen § 1 Abs. 2 HTWG.

Zum Wegfall des bisherigen § 2 des Haustürwiderrufsgesetzes

Im bisherigen § 2 HTWG war bestimmt, dass das Widerrufsrecht des Verbrauchers im Falle unterbliebener oder nicht ordnungsgemäßer Belehrung erst einen Monat nach beiderseits vollständiger Erbringung der Leistung erlischt.

Diese Regelung ist in zweifacher Hinsicht nicht sachgerecht: Auf der einen Seite führt sie im Falle der unterbliebenen Belehrung zu einem zu schnellen Abschneiden des Widerrufsrechts des Verbrauchers. Denn der – zumal nicht über sein Widerrufsrecht belehrte - Verbraucher wird in der Regel alsbald nach Lieferung der Ware den Kaufpreis begleichen und dadurch bereits einen Monat später seines Widerrufsrechts verlustig gehen. Die im bisherigen § 2 HTWG geregelte Einmonatsfrist stellt daher keine ausreichende Sanktionierung im Falle des (unter Umständen sogar bewussten) Unterlassens der Belehrung durch den Unternehmer dar. Die Regelung ist vor diesem Hintergrund auch europarechtlich bedenklich. Auf der anderen Seite kann eine fehlende oder nicht ordnungsgemäße Belehrung seitens des Unternehmers dazu führen, dass das Widerrufsrecht des Verbrauchers überhaupt nicht, oder jedenfalls auf unabsehbare Zeit nicht erlischt. Dies ist insbesondere in dem Fall, in dem der Verbraucher zwar die Ware erhalten hat, aber diese – aus welchen Gründen auch immer – nicht bezahlt, nicht hinnehmbar. Es ist nicht einzusehen, dass ein zahlungsunwilliger Verbraucher für seine Zahlungsunwilligkeit noch mit einem nicht erlöschenden Widerrufsrecht belohnt wird.

Vor diesem Hintergrund sowie im Sinne einer Vereinheitlichung der Fristen für das Erlöschen der aus Verbraucherverträgen folgenden Widerrufsrechte bei unterbliebener Belehrung sieht § 355 Abs. 3 RE für diese Fälle eine einheitliche Frist von sechs Monaten nach Vertragsschluss vor. Diese Frist führt zu einem angemessen Ausgleich der widerlaufenden Interessen im Falle einer unterbliebenen oder nicht ordnungsgemäßen Widerrufsbelehrung: Der Verbraucher wird sich in aller Regel ohnehin nur in den ersten sechs Monaten nach Vertragsschluss bzw. nach Lieferung der Ware vom Vertrag lösen wollen, und der Unternehmer kann jedenfalls nach sechs Monaten sicher sein, dass es nicht mehr zu einer Vertragsrückabwicklung kommt. Diese Frist ist durchaus überschaubar und den Unternehmern bereits aus der jetzigen Mängelgewährleistungsfrist bekannt. Eine weitere Verkürzung kommt insbesondere deshalb nicht in Betracht, weil die vereinheitlichte Frist auch für das Widerrufsrecht des Verbrauchers bei Darlehensverträgen gelten soll. Dort erlischt indessen derzeit das Widerrufsrecht bei unterlassener Belehrung erst ein Jahr nach Abgabe der auf den Abschluss des Darlehensvertrags gerichteten Willenserklärung des Verbrauchers. Die Halbierung der Frist stellt hier bereits die Untergrenze des Hinnehmbaren dar.

Wegen der Vereinheitlichung der Frist für das Erlöschen des Widerrufsrechts in § 355 Abs. 3 RE kann die bisherige Sonderregelung des § 2 HTWG entfallen.

Zu § 312a – Verhältnis zu anderen Vorschriften

§ 312a RE entspricht inhaltlich dem bisherigen § 5 Abs. 2 und 3 HTWG. Eine vollständige wörtliche Übernahme schied aus, weil ein Teil der in § 5 Abs. 2 und 3 HTWG angesprochenen Vorschriften in das Bürgerliche Gesetzbuch integriert wird.

Zu § 312b – Fernabsatzverträge

§ 312b RE entspricht wörtlich § 1 FernAbsG. Redaktionell geändert wird lediglich die Einleitung des ersten Satzes.

Zu § 312c – Unterrichtung des Verbrauchers beim Abschluss von Fernabsatzverträgen

Vorbemerkung

Der bisherige § 2 FernAbsG wird durch § 312c RE – ohne inhaltliche Änderung – lediglich redaktionell neu gefasst. Die Neufassung beruht insbesondere darauf, dass die sich bislang in § 2 FernAbsG in den Absätzen 2 und 3 befindlichen Informationspflichten in die Verordnung über Informationspflichten nach Bürgerlichem Recht, dort § 1 Abs. 1 und 2, ausgelagert werden. Zugleich soll durch die Neuformulierung die Unterscheidung zwischen **vor**vertraglichen Informationspflichten (§ 312c **Abs. 1** RE) und **nach Vertragsschluss** bestehenden Unterrichtungspflichten (§ 312c **Abs. 2** RE) deutlicher gemacht werden.

Zu Absatz 1

Absatz 1 fasst die Absätze 1 und 2 des bisherigen § 2 FernAbsG zusammen und setzt damit in sprachlich geraffter Form den Inhalt des Artikels 4 der Richtlinie 97/7/EG über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz um. Der Unternehmer muss den Verbraucher danach rechtzeitig vor Vertragsschluss, klar und verständlich sowie in einer dem eingesetzten Fernkommunikationsmittel entsprechenden Weise (dies kann also telefonisch, per E-Mail oder postalisch geschehen) **erstens** über die in der Informationsverordnung nach Artikel 240 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche bestimmten Einzelheiten des Vertrags und **zweitens** über den gewerblichen Zweck des Vertrags informieren.

Im Interesse einer besseren Lesbarkeit wird nach dem Vorbild des Reiserechts (dort § 651a Abs. 5 in Verbindung mit der Verordnung über Informationspflichten von Reiseveranstaltern) und des Überweisungsrechts (dort § 675a Abs. 2 in Verbindung mit der Verordnung über Kundeninformationspflichten) darauf verzichtet, den Informationspflichtenkatalog in das Bür-

gerliche Gesetzbuch aufzunehmen. Stattdessen wird auf die Informationspflichtenverordnung verwiesen, deren Rechtsgrundlage mit dem neuen Artikel 240 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche geschaffen wird und die die bisherigen Verordnungen zu einer einheitlichen Verordnung zusammenfassen soll. Die Ermächtigung wird mit diesem Gesetz in der Weise umgesetzt, dass die bestehenden Informationspflichten in die Verordnung über Informationspflichten der Reiseveranstalter aufgenommen werden und diese zu einer allgemeinen Informationspflichtenverordnung umgestaltet wird.

Der bisher in § 2 Abs. 1 FernAbsG vorkommende Begriff des „geschäftlichen Zwecks“ wird im Sinne einer Klarstellung durch die Formulierung „gewerblichen Zweck“ ersetzt. Dies entspricht dem in der Fernabsatzrichtlinie verwandten Begriffs des „kommerziellen“ Zwecks, der deutlich machte, dass es insoweit um die Offenlegung der Gewinnerzielungsabsicht des Unternehmers geht. Dies wird mit dem „gewerblichen“ Zweck besser wiedergegeben.

Satz 2 des Absatzes 1 macht deutlich, dass der Unternehmer bei der telefonischen Vertragsanbahnung bereits zu Beginn des Gesprächs seine Identität und den gewerblichen Zweck des Vertrags, auf dessen Abschluss die Kontaktaufnahme gerichtet ist, gegenüber dem Verbraucher offen legen muss. Dies bedeutet eine teilweise zeitliche Vorverlegung der in Satz 1 bestimmten Informationspflichten des Unternehmers für den Fall der telefonischen Kontaktaufnahme: Der Unternehmer darf hinsichtlich der Informationen über seine Identität und den gewerblichen Zweck des Vertrags nicht die Zeit bis kurz vor Vertragsschluss abwarten, sondern muss diese Informationen sogleich zu Anfang des Telefonats und ausdrücklich offen legen. Dies entspricht Artikel 4 Abs. 3 der Fernabsatzrichtlinie.

Der bisherige Satz 3 des § 2 Abs. 1 FernAbsG geht im Absatz 4 des neuen § 312c RE auf.

Zu Absatz 2

Absatz 2 bestimmt, welche Informationspflichten der Unternehmer auch noch nach Vertragsschluss hat. Er entspricht damit in seiner Funktion und Wirkung dem bisherigen § 2 Abs. 3 FernAbsG. Auf die Wiedergabe des Katalogs nach § 2 Abs. 3 Satz 2 FernAbsG wird indessen erneut verzichtet. Stattdessen wird dieser Katalog in die umgestaltete Informationspflichtenverordnung integriert. Eine Änderung und Ergänzung ist auf Grund der erwähnten Verordnungsermächtigung möglich.

Absatz 2 verpflichtet den Unternehmer zu Zweierlei:

- Zunächst muss der Unternehmer, soweit er dies nicht schon vor Vertragsschluss getan hat, dem Verbraucher die vorvertraglich im Sinne von Absatz 1 erteilten Informationen alsbald nach Vertragsschluss auch auf einem dauerhaften Datenträger zur Verfügung stellen. Dies betrifft allerdings nicht alle vorvertraglichen, sondern nur die in § 1 Abs. 1 Nr. 1 bis 9 der Informationspflichtenverordnung aufgeführten Informationen. Diese Einschränkung ergibt sich aus dem ersten Halbsatz des Absatzes 2 („Soweit nicht ein anderes bestimmt ist") und der Verweisung auf die Informationspflichtenverordnung. Diese bestimmt nämlich in ihrem § 1 Abs. 2, dass der Unternehmer dem Verbraucher lediglich die in § 1 Abs. 1 Nr. 1 bis 9 aufgeführten Informationen auf dauerhaftem Datenträger zur Verfügung stellen muss.

- Sodann muss der Unternehmer dem Verbraucher weitere Informationen, nämlich solche, zu deren Erteilung er vorvertraglich noch nicht gemäß Absatz 1 verpflichtet war, ebenfalls alsbald nach Vertragsschluss auf einem dauerhaften Datenträger zur Verfügung stellen. Diese (zusätzlichen) Informationen fanden sich bislang im Katalog des bisherigen § 2 Abs. 3 FernAbsG und finden sich nunmehr in wörtlicher Übernahme in § 1 Abs. 3 der Informationspflichtenverordnung. Aus diesem folgt auch, dass der Verbraucher auf diese Informationen – entsprechend dem bisherigen § 2 Abs. 3 Satz 2 FernAbsG – in hervorgehobener und deutlich gestalteter Form aufmerksam gemacht werden muss.

Zu Absatz 3

Absatz 3 entspricht dem bisherigen § 2 Abs. 3 Satz 3 FernAbsG. Lediglich die Verweisung auf die vorangehenden Sätze ist durch die Verweisung auf Absatz 2 angepasst worden.

Zu Absatz 4

Absatz 4 fasst den bisherigen Inhalt des § 2 Abs. 1 Satz 3 und Abs. 4 FernAbsG in einem Absatz zusammen. Die dort genannten weitergehenden Einschränkungen und Informationspflichten können sich insbesondere aus § 312e RE aus der Regelung zum Vertragsschluss im elektronischen Geschäftsverkehr ergeben.

Zu § 312d – Widerrufsrecht und Rückgaberecht bei Fernabsatzverträgen

§ 312d RE entspricht im Wesentlichen dem bisherigen § 3 FernAbsG.

Zu Absatz 1

Absatz 1 Satz 1 entspricht dem bisherigen § 3 Abs. 1 Satz 1 FernAbsG. Lediglich die Verweisung wird angepasst. Absatz 1 Satz 2 entspricht dem bisherigen § 3 Abs. 3 FernAbsG, wobei auch hier die Verweisung angepasst wird. Durch das Vorziehen der Regelung in den Absatz 1 Satz 2 kann die bislang in § 3 Abs. 3 Satz 2 FernAbsG enthaltene Verweisung entfallen, da durch die Voranstellung deutlich ist, dass sich die Folgeabsätze sowohl auf das Widerrufs- als auch auf ein eventuelles Rückgaberecht beziehen.

Zu Absatz 2

Absatz 2 entspricht dem bisherigen § 3 Abs. 1 Satz 2 FernAbsG. Lediglich die Verweisungen werden angepasst. Der bisherige 2. Halbsatz wird durch die Regelung, dass § 355 Abs. 2 Satz 2 RE keine Anwendung findet, ersetzt.

Zu Absatz 3

Absatz 3 entspricht in verkürzter Form dem bisherigen § 3 Abs. 1 Satz 3 FernAbsG. Wegen der Vereinheitlichung der Frist über das Erlöschen des Widerrufsrechts im Fall unterbliebener Belehrung in § 355 Abs. 3 RE (siehe insoweit die vorstehenden Ausführungen zu § 312 RE bzw. zum Wegfall des bisherigen § 2 HTWG) konnten die in der geltenden Fassung des § 3 Abs. 1 Satz 3 FernAbsG enthaltenen Sonderfristen über das Erlöschen weitestgehend entfallen. Es verbleibt lediglich die Sonderregelung für den Fall, dass der Unternehmer die Ausführung der Dienstleistung mit Zustimmung vor Ende der Widerrufsfrist beginnt oder der Verbraucher diese Dienstleistung selbst veranlasst hat. Im Gesetzestext wird nunmehr klargestellt, dass der Verbraucher der Ausführung der Dienstleistung **ausdrücklich** zustimmen muss.

Zu Absatz 4

Absatz 4 entspricht dem bisherigen § 3 Abs. 2 FernAbsG. Lediglich die darin enthaltene Formulierung „mangels anderer Vereinbarung und unbeschadet anderer gesetzlicher Bestimmungen“ wird an den sonstigen Sprachgebrauch im Bürgerlichen Gesetzbuch angepasst und durch den Halbsatz „soweit nicht ein anderes bestimmt ist“ ersetzt.

Zum Wegfall des bisherigen § 4 FernAbsG

Im bisherigen § 4 FernAbsG fanden sich Regelungen für den Fall, dass ein Fernabsatzvertrag mit einem Darlehensvertrag zu einer wirtschaftlichen Einheit verbunden ist. Diese Vor-

schrift geht in § 358 RE auf, der die Fälle der verbundenen (finanzierten) Verbrauchergeschäfte nunmehr einheitlich regelt. Hinsichtlich der Einzelheiten wird auf die Erläuterungen zu § 358 RE verwiesen.

Zu § 312e – Pflichten im elektronischen Geschäftsverkehr

Vorbemerkung

Mit § 312e RE werden die Artikel 10 und 11 der E-Commerce-Richtlinie umgesetzt. Die Richtlinie, die im Übrigen durch den Entwurf eines Gesetzes über rechtliche Rahmenbedingungen für den elektronischen Geschäftsverkehr („Elektronischer Geschäftsverkehr-Gesetz“, BR-Drs. 136/01) sowie durch das Gesetz zur Anpassung der Formvorschriften des Privatrechts und anderer Vorschriften an den modernen Rechtsgeschäftsverkehr (BT-Drs. 14/4987) in Verbindung mit der Neufassung des Signaturgesetzes umgesetzt wird, schafft die wesentlichen wirtschafts- und zivilrechtlichen Rahmenbedingungen für den elektronischen Geschäftsverkehr (Internet und andere neue Informations- und Kommunikationsdienste). Sie soll neben der Rechtssicherheit für die Anbieter auch einen effektiven Schutz für die „Kunden“, die als Verbraucher oder Unternehmer auf elektronischem Weg angebotene Waren und Dienstleistungen elektronisch „bestellen“, gewährleisten. Der Anwendungsbereich der Richtlinie erstreckt sich nicht auf Rundfunk und Telekommunikation und stellt auch keine Anforderungen an die Waren als solche, an deren Lieferung oder an Dienste, die nicht auf elektronischem Weg erbracht werden. Die Richtlinie ergänzt das auf die Dienste der Informationsgesellschaft anwendbare Gemeinschaftsrecht und lässt dabei insbesondere das Schutzniveau für den Verbraucherschutz, wie es sich aus Gemeinschaftsrechtsakten und einzelstaatlichen Rechtsvorschriften zu deren Umsetzung ergibt, unberührt.

Von zentraler Bedeutung für die Umsetzung der Richtlinie in deutsches Recht ist die Definition „Dienste der Informationsgesellschaft“ in Artikel 2a der E-Commerce-Richtlinie. Diese umfasst einen weiten Bereich von wirtschaftlichen Tätigkeiten im elektronischen Rechts- und Geschäftsverkehr, die nach geltender Rechtslage unter den Anwendungsbereich des § 2 Teledienstegesetz (TDG) und – soweit es sich um Mediendienste handelt – unter § 2 Abs. 2 Nr. 4 Mediendienste-Staatsvertrag (MDStV) fallen. Diese Gesetze erfassen in Entsprechung des Anwendungsbereichs der E-Commerce-Richtlinie nur solche Angebote und Dienstleistungen, die auf Abruf im Fernabsatz und in elektronischer Form erbracht werden. Ferner sind die Bereiche Rundfunk und Telekommunikation – entsprechend der E-Commerce-Richtlinie - ausdrücklich vom Anwendungsbereich des TDG und MDStV ausgenommen. Der Entwurf des Elektronischer Geschäftsverkehr-Gesetzes greift daher auf die dort definierten Begriffe

der Tele- und Mediendienste zurück, ohne die „Dienste der Informationsgesellschaft“ eigenständig zu definieren.

Dem schließt sich dieser Entwurf schon aus Gründen des Definitionsgleichlaufs bei der Richtlinienumsetzung an. Dies führt in den von § 312e RE geregelten Fällen **nicht zu einer Ausweitung des Anwendungsbereichs.** Denn zwar geht der Anwendungsbereich des TDG und des MDStV insoweit über den Anwendungsbereich der E-Commerce-Richtlinie hinaus, als er sich nicht nur auf wirtschaftlich ausgerichtete Informations- und Kommunikationsdienste des elektronischen Geschäftsverkehrs beschränkt und neben elektronischen Abrufdiensten im Fernabsatz auch elektronische Verteildienste erfasst. Solche von der E-Commerce-Richtlinie nicht erfassten Dienste werden freilich von § 312e RE schon dadurch ausgeschlossen, dass die Vorschrift lediglich Regelungen für **Unternehmer**, die sich zwecks Abschlusses eines Vertrags eines Tele- oder Mediendienstes bedienen, aufstellt und damit die gewerbsmäßige Ausrichtung voraussetzt. Zugleich wird mit der Formulierung „zwecks Abschlusses eines Vertrags“ deutlich gemacht, dass sich der Unternehmer nicht nur eines bloßen elektronischen Verteildienstes, sondern eines Tele- oder Mediendienstes bedienen muss, den der Kunde auch elektronisch zum Zwecke einer Bestellung **individuell abrufen** kann. Der Anwendungsbereich wird damit genau auf das Maß zurückgeführt, auf den sich die Richtlinie bezieht. Der Verzicht auf eine eigenständige Definition des „Dienstes der Informationsgesellschaft“ führt mithin nicht zu einer über den von der Richtlinie vorgegebenen Anwendungsbereich hinausgehende Umsetzung.

Artikel 10 der E-Commerce-Richtlinie verpflichtet den Unternehmer, seinen künftigen Vertragspartner (= Kunden) vor Abschluss des Vertrags über die technischen Modalitäten des Vertragsschlusses und die von dem Anbieter beachteten Verhaltenskodizes aufzuklären. Nach Vertragsschluss hat er ihm die Vertragsbedingungen in abrufbarer und wiedergabefähiger Form zur Verfügung zu stellen. Gemäß Artikel 11 Abs. 1, 1. Spiegelstrich der E-Commerce-Richtlinie muss der Unternehmer seinem Kunden darüber hinaus unverzüglich den Eingang der Bestellung bestätigen.

Derartige vor- und nachvertragliche Informationspflichten sind dem EG- und dem deutschen Recht bekannt. Ähnliche Informationspflichten wie in Artikel 10 sind sowohl in der Teilzeit-Wohnrechte- als auch in der Fernabsatzrichtlinie enthalten und haben über die Umsetzungsgesetze, das Teilzeit-Wohnrechtegesetz und das Fernabsatzgesetz, bereits Eingang in das deutsche Bürgerliche Recht gefunden. Während die vor- und nachvertraglichen Informationspflichten nach dem Teilzeit-Wohnrechtegesetz und nach dem Fernabsatzgesetz nur gegenüber Verbrauchern gelten, gelten die Informationspflichten nach Artikel 10 und 11 der E-

Commerce-Richtlinie jedoch auch im Verhältnis zu Unternehmern. Auch wenn sich insoweit ein Unterschied zu den Regelungen über Haustürgeschäfte und Fernabsatzverträge ergibt, besteht eine enge Verknüpfung zwischen den sich aus der E-Commerce-Richtlinie ergebenden Pflichten und denjenigen für Fernabsatzverträge. Denn in aller Regel wird es sich bei einem Vertrag, der „im elektronischen Geschäftsverkehr“ zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher zustande kommt, um einen Fernabsatzvertrag im Sinne von § 312b RE handeln. Im Übrigen knüpfen die Artikel 10, 11 der E-Commerce-Richtlinie wie die Fernabsatzrichtlinie und die Richtlinie über Haustürgeschäfte – horizontal - an eine besondere Vertragsschluss-Situation außerhalb von Geschäftsräumen an und beziehen sich damit nicht auf einen spezifischen Vertragstyp. Die Vorschrift zur Umsetzung der Artikel 10, 11 sollte daher bei den Vorschriften über Haustürgeschäfte und Fernabsatzverträge im Allgemeinen Teil des Schuldrecht geregelt werden.

Zu Absatz 1

Absatz 1 in Verbindung mit § 3 der Informationspflichtenverordnung setzt die Regelungen des Artikels 10 Abs. 1 bis 3 sowie des Artikels 11 Abs. 1 und 2 der E-Commerce-Richtlinie in sprachlich gestraffter Form um. Die Regelungstechnik des Absatzes 1 entspricht der bereits in § 312c RE gewählten Form: Im Gesetzestext wird lediglich die generelle Unterrichtungsverpflichtung des Unternehmers geregelt, während die einzelnen zu erteilenden Informationen in der Informationspflichtenverordnung bestimmt werden.

Im ersten Halbsatz des Absatzes 1 wird der Anwendungsbereich der Vorschrift definiert. Danach ist § 312e RE immer dann einschlägig, wenn sich ein Unternehmer zum Zwecke des Abschlusses eines Vertrags über die Lieferung von Waren oder über die Erbringung von Dienstleistungen eines Tele- oder Mediendienstes bedient. Der Begriff „Teledienst“ ist in § 2 TDG definiert und umfasst danach elektronische Informations- und Kommunikationsdienste, die für eine individuelle Nutzung von kombinierbaren Daten wie Zeichen, Bilder oder Töne bestimmt sind und denen eine Übermittlung mittels Telekommunikation zugrunde liegt. Dazu gehören insbesondere Angebote zur Nutzung des Internets (§ 2 Abs. 2 Nr. 3 TDG), Angebote von Waren und Dienstleistungen in elektronisch abrufbaren Datenbanken mit interaktivem Zugriff und unmittelbarer Bestellmöglichkeit (§ 2 Abs. 2 Nr. 5 TDG) oder Angebote zur Information und Kommunikation wie Datendienste zur Verbreitung von Informationen über Waren und Dienstleistungsangebote (§ 2 Abs. 2 Nr. 2 TDG). Unter „Mediendiensten“ sind gemäß § 2 MDStV Informations- und Kommunikationsdienste in Text, Ton oder Bild – mit Ausnahme von Rundfunk - zu verstehen, die sich an die Allgemeinheit richten und unter

Benutzung elektromagnetischer Schwingungen ohne Verbindungsleistung oder längs oder mittels eines Leiters verbreitet werden.

Wie bereits in der Vorbemerkung ausgeführt, sind die Begriffe des Tele- und Mediendienstes im Hinblick auf den Sinn und Zweck des § 312e RE und im Lichte der E-Commerce-Richtlinie zu verstehen: Dies bedeutet, dass unter § 312e RE nur solche Tele- und Mediendienste fallen, die der Nutzer bzw. Empfänger individuell elektronisch und zum Zwecke einer Bestellung abrufen kann. Bloße „Verteildienste“, das heißt Tele- und Mediendienste, die im Wege einer Übertragung von Daten ohne individuelle Anforderung gleichzeitig für eine unbegrenzte Zahl von Nutzern erbracht werden, fallen dagegen nicht in den Anwendungsbereich. Diese Reduktion folgt insbesondere daraus, dass § 312e Abs. 1 RE voraussetzt, dass sich der Unternehmer **zum Zwecke des Vertragsschlusses** eines Tele- oder Mediendienstes bedient, ergibt sich aber auch aus der Regelung des § 312e RE insgesamt: Die Vorschrift knüpft gerade an eine Vertragsanbahnungs- bzw. Vertragsabschluss-Situation zwischen dem Unternehmer als Anbieter und dem Kunden als Empfänger an und bestimmt für diese Fälle bestimmte Unterrichtungspflichten des Unternehmers. Der Vorschrift ist mithin immanent, dass der Kunde und zukünftige Vertragspartner den Tele- oder Mediendienst, dessen sich der Unternehmer zum Absatz seiner Waren oder Dienstleistungen bedient, elektronisch individuell abrufen kann und dies auch tut. Entsprechend wird der „Dienst der Informationsgesellschaft“ in Artikel 1 Nr. 2 der Richtlinie 98/34/EG in der Fassung vom 20. Juli 1998 über ein Informationsverfahren auf dem Gebiet der Normen und technischen Vorschriften sowie in Artikel 2 der Richtlinie über den rechtlichen Schutz von zugangskontrollierten Diensten und von Zugangskontrolldiensten (98/48/EG vom 20. November 1998) als „jede in der Regel gegen Entgelt elektronisch im Fernabsatz und auf individuellen Abruf eines Empfängers erbrachte Dienstleistung“ definiert.

Die Anwendung des § 312e RE setzt mithin voraus, dass der Vertragsabschluss unter Einsatz elektronischer Kommunikationsmittel erfolgt. Nicht erfasst werden daher insbesondere der Brief und der Telefonverkehr. Ferner wird vorausgesetzt, dass der Tele- oder Mediendienst vom Empfänger zum Zwecke der Abgabe einer Bestellung individuell abgerufen wird. Dies schließt – anders als bei Fernabsatzverträgen – elektronische Medien aus, die Angebote an eine unbestimmte Zahl von Empfängern senden, wie das etwa beim Fernsehen, beim Hörfunk und beim Teletext der Fall ist. Dagegen setzt die Anwendung von § 312e RE **nicht** voraus, dass auch die Durchführung des Vertrags „online“, also auf elektronischem Wege erfolgt. Für § 312e RE ist vielmehr lediglich erforderlich, dass der **Vertragsschluss** unter Einsatz elektronischer Mittel erfolgt, während die **Erbringung** der vom Unternehmer

geschuldeten Leistung auch „offline“, also wie im herkömmlichen Versandhandel stattfinden kann.

Die Anwendung des § 312e RE setzt im Übrigen nicht voraus, dass der (zukünftige) Vertragspartner ein Verbraucher ist. Anbieter muss allerdings ein Unternehmer sein.

Absatz 1 enthält in den Nummern 1 bis 4 einen Katalog der Pflichten, die der Unternehmer im Falle des Abschlusses eines Vertrags im elektronischen Geschäftsverkehr zu beachten hat. Die in den Nummern 1 bis 4 aufgeführten Pflichten sind zeitlich geordnet. Im Einzelnen:

Nummer 1 setzt Artikel 11 Abs. 2 der E-Commerce-Richtlinie unter im Wesentlichen wörtlicher Übernahme des Richtlinientextes um, indem er bestimmt, dass der Unternehmer dem Kunden angemessene, wirksame und zugängliche technische Mittel zur Verfügung stellen muss, mit deren Hilfe der Kunde vor Abgabe seiner Bestellung Eingabefehler erkennen und berichtigen kann. Dieser Pflicht muss der Unternehmer bereits zum Zeitpunkt der bloßen Eröffnung einer Bestellmöglichkeit nachkommen, also etwa, sobald er seinen Warenkatalog ins Internet stellt und mit einem elektronisch abrufbaren Bestellformular versieht. Neben der technischen Zurverfügungstellung, die in der Nummer 1 geregelt ist, muss der Unternehmer den Kunden auch über das Bestehen und die Art dieser technischen Mittel informieren. Diese Informationspflicht findet sich in § 3 Nr. 3 der Informationspflichtenverordnung.

Nummer 2 in Verbindung mit § 3 Nr. 1 bis 5 der Informationspflichtenverordnung bestimmt unter im Wesentlichen wörtlicher Übernahme des Richtlinientextes des Artikels 10 Abs. 1 und 2 der E-Commerce-Richtlinie den Umfang der vorvertraglichen Informationspflichten des Unternehmers. Im Interesse einer besseren Lesbarkeit wird auch hier darauf verzichtet, den Informationspflichtenkatalog in das Bürgerliche Gesetzbuch aufzunehmen. Stattdessen wird in § 312e Abs. 1 Nr. 2 lediglich die generelle Informationsverpflichtung des Unternehmers bestimmt und im Übrigen auf die Informationspflichtenverordnung verwiesen, deren Rechtsgrundlage mit dem neuen Artikel 241 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche geschaffen wird. Die Informationspflichtenverordnung enthält in ihrem § 3 in den Nummern 1 bis 5 die in § 10 Abs. 1 und 2 der E-Commerce-Richtlinie aufgeführten einzelnen Informationen. Danach muss der Unternehmer den Kunden über die einzelnen technischen Schritte, die zu einem Vertragsschluss führen (Nr. 1 = Art. 10 Abs. 1 Buchstabe a der E-Commerce-Richtlinie), darüber, ob der der Vertrag gespeichert wird und ob er dem Kunden zugänglich ist (Nr. 2 = Art. 10 Abs. 1 Buchstabe b der E-Commerce-Richtlinie), welche Möglichkeiten der Erkennung und Korrektur von Eingabefehlern bestehen (Nr. 3 = Art. 10 Abs. 1 Buchstabe c der E-Commerce-Richtlinie), welche Sprachen für den Vertragsschluss zur Ver-

fügung stehen (Nr. 4 = Art. 10 Abs. 1 Buchstabe d der E-Commerce-Richtlinie) und schließlich über die einschlägigen Verhaltenskodizes, denen sich der Unternehmer unterwirft und ihre elektronische Abrufbarkeit (Nr. 5 = Art. 10 Abs. 2 der E-Commerce-Richtlinie) vor Vertragsschluss informieren. Mit letzteren sind bestimmte Verhaltensregelwerke gemeint, denen sich ein Unternehmer – zumeist zu Werbezwecken – unabhängig vom Vertragsschluss mit dem einzelnen Kunden freiwillig unterwirft, um damit im Wettbewerb eine besondere Unternehmens und/oder Produktqualität dokumentieren zu können.

Nummer 3 setzt Artikel 11 Abs. 1, 1. Spiegelstrich der E-Commerce-Richtlinie um, indem er vorsieht, dass der Unternehmer den Zugang der Bestellung des Kunden unverzüglich elektronisch zu bestätigen hat. Der Richtlinienbegriff des „Eingangs“ ist an die Begrifflichkeit des Bürgerlichen Gesetzesbuchs in § 130 angepasst und durch das Wort „Zugang“ ersetzt worden.

Nummer 4 setzt Artikel 11 Abs. 3 der E-Commerce-Richtlinie um, indem er bestimmt, dass der Unternehmer dem Kunden die Möglichkeit verschaffen muss, die Vertragsbedingungen einschließlich der einbezogenen Allgemeinen Geschäftsbedingungen abzurufen und in wiedergabefähiger Form abzuspeichern. Da sich aus der Richtlinie nichts zum Zeitpunkt ergibt, wann der Unternehmer diese Verpflichtung zu erfüllen hat, greift der Entwurf auf die Parallelbestimmung in § 312c Abs. 2 RE über Fernabsatzverträge zurück und bestimmt, dass die Vertragsbestimmungen alsbald nach Vertragsschluss, spätestens bis zur vollständigen Erfüllung des Vertrags, bei Waren spätestens bei Lieferung für den Kunden abrufbar und speicherbar sein müssen. Durch den Zusatz „einbezogene“ Allgemeinen Geschäftsbedingungen wird deutlich, dass die Einbeziehungsvoraussetzungen des bisherigen § 2 Abs. 1 AGBG (= § 305 Abs. 2 RE) nicht berührt werden, so dass diese nur dann Vertragsbestandteil werden, wenn der Kunde bereits vor Vertragsschluss auf sie hingewiesen und ihm die Möglichkeit verschafft wird, in zumutbarer Weise von ihrem Inhalt Kenntnis zu nehmen. Dies wird der Unternehmer im elektronischen Geschäftsverkehr freilich eben dadurch erreichen, dass er dem Kunden eine Möglichkeit aufzeigt, wie er die Vertragsbedingungen herunterladen (= abrufen) und speichern kann. Die Erfordernisse des § 305 Abs. 2 RE für die Einbeziehung Allgemeiner Geschäftsbedingungen und die Verpflichtung aus der Nummer 4 des § 312e Abs. 2 RE dürften sich daher – bis auf den Zeitpunkt der Kenntnisnahmemöglichkeit – beim Vertragsschluss im elektronischen Geschäftsverkehr entsprechen. Die Nummer 4 geht allerdings insoweit über die Einbeziehungsvoraussetzungen des § 305 Abs. 2 RE hinaus, als sie die nicht abdingbare Verpflichtung aufstellt, die Vertragsbedingungen auch **Unternehmern** durch die Möglichkeit des Abrufs zur Verfügung zu stellen.

Satz 2 des Absatzes 1 setzt Artikel 11 Abs. 1 2. Spiegelstrich der E-Commerce-Richtlinie unter im Wesentlichen wörtlicher Übernahme des Richtlinientextes um. Die Zugangsfiktion wird lediglich in Ergänzung des Richtlinientextes an die Voraussetzung gekoppelt, dass die Parteien die Bestellung und Empfangsbestätigung „unter gewöhnlichen Umständen“ abrufen können. Dies entspricht der Rechtsprechung zum Zugang einer Willenserklärung in § 130 (vgl. nur BGHZ 67, 271; NJW 80, 990).

Zu Absatz 2

Absatz 2 schränkt zum einen den Anwendungsbereich des Absatzes 1 Nr. 1 bis 3 ein und legt zum anderen fest, inwieweit eine vertragliche Abbedingung der Regelungen des Absatzes 1 zulässig ist.

Absatz 2 Nr. 1 greift dabei Artikel 10 Abs. 4 und Artikel 11 Absatz 3 der E-Commerce-Richtlinie auf, wonach die Informationspflichten aus Artikel 10 Abs. 1 und 2 (= § 312e Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 RE) und die Verpflichtungen aus Artikel 11 Abs. 1, 1. Spiegelstrich, und Abs. 2 (= § 312e Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 und 3 RE) nicht anwendbar sind auf Verträge, die ausschließlich durch den Austausch individueller – elektronischer - Kommunikation wie zum Beispiel durch E-Mail geschlossen werden. Damit sollen Vertragsabschlüsse, bei denen der Unternehmer direkt mit dem jeweiligen Kunden Kontakt aufnimmt, indem er diesem zum Beispiel an dessen E-Mail-Adresse ein Verkaufsangebot elektronisch übersendet, von den Pflichten des § 312e RE entlastet werden. Denn derartige Vertragsschlüsse ähneln solchen per Brief oder am Telefon und weisen nicht die spezifischen Besonderheiten des Online-Einkaufs auf. Für diesen ist nämlich gerade typisch, dass sich der Unternehmer unter Verwendung eines elektronischen Kommunikationsdienstes an eine unbegrenzte Zahl nicht individualisierter potenzieller Kunden wendet, indem er etwa seinen Verkaufskatalog ins Internet stellt.

Absatz 2 Nr. 2 übernimmt die Einschränkungen in Artikel 10 Abs. 1 und 2 und Artikel 11 Abs. 1 und 2 der E-Commerce-Richtlinie, wonach die dort geregelten Verpflichtungen gelten sollen „außer im Fall abweichender Vereinbarungen zwischen Parteien, die nicht Verbraucher sind“. Bei der Umsetzung wird aus Gründen der besseren Lesbarkeit eine positive Formulierung gewählt, die auf die Unternehmereigenschaft und damit auf § 14 BGB abstellt. Eine entsprechende abweichende Vereinbarung kann für einen individuellen Vertrag, sie kann aber auch für eine Vielzahl von Verträgen im Voraus abgeschlossen werden. Absatz 2 Nr. 2 legt die beteiligten Unternehmer auf keine Variante fest. Der häufigere Fall wird voraussichtlich der Fall sein, dass sich der Anbieterunternehmer mit dem Vertragspartner generell über das Verfahren beim Abschluss von Verträgen im elektronischen Geschäftsverkehr verständigt.

Dann wäre die abweichende Vereinbarung Gegenstand einer solchen Rahmenvereinbarung. Soll eine abweichende Vereinbarung individuell getroffen werden, müssten sich die Beteiligten zunächst über die Vertragsprozedur einigen und dann den eigentlichen Vertragsschluss vornehmen.

Unabdingbar ist dagegen die Pflicht des Unternehmers aus § 312e Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 RE, dem Kunden die Vertragsbestimmungen in speicherbarer Form zur Verfügung zu stellen. Auch die Zugangsfiktion kann nicht abbedungen werden. Beides ergibt sich aus den Vorgaben der E-Commerce-Richtlinie. Ist der Kunde ein **Verbraucher,** sind jegliche Abweichungen von § 312e RE unzulässig. Die vorstehend ausgeführte Unabdingbarkeit folgt aus § 312f RE, der insgesamt für die Vorschriften des Untertitels 2 ein Abweichungsverbot zu Lasten des Verbrauchers oder Kunden enthält, soweit nicht ein anderes bestimmt ist.

Zu Absatz 3

Absatz 3 Satz 1 hat lediglich deklaratorische Bedeutung. Weitergehende Informationspflichten werden sich insbesondere aus den Vorschriften über Fernabsatzverträge ergeben, wenn der Kunde ein Verbraucher ist und die weiteren Voraussetzungen des § 312b Abs. 1 RE (ausschließliche Verwendung von Fernkommunikationsmitteln; für den Fernabsatz organisiertes Vertriebs- und Dienstleistungssystem) gegeben sind. Das letztere dürfte freilich in aller Regel der Fall sein. Denn die Besonderheit des online-Vertriebs ist gerade, dass der Unternehmer und der Kunde ausschließlich im Wege des Fernabsatzes miteinander kommunizieren. Und ein Unternehmer, der seine Produkte über das Internet anbietet, hat sein Vertriebssystem bereits dadurch so organisiert, dass Verträge im Fernabsatz geschlossen und abgewickelt werden können.

Bei Verbraucherverträgen im elektronischen Geschäftsverkehr wird dem Verbraucher daher (bei anderen Verträgen als Verträgen über Finanzdienstleistungen) in aller Regel auch ein Widerrufsrecht gemäß §§ 312d, 355 RE zustehen. Für diesen Fall bestimmt Absatz 3 Satz 2 – ohne freilich dem Verbraucher ein eigenes Widerrufsrecht einzuräumen -, dass die Widerrufsfrist erst nach Erfüllung der in § 312e Abs. 1 Satz 1 geregelten Pflichten beginnt. Diese Regelung entspricht der parallelen Bestimmung des § 312d Abs. 2 RE für Fernabsatzverträge. Es ist nämlich kein Grund ersichtlich, warum der Lauf der Widerrufsfrist bei einem im elektronischen Geschäftsverkehr geschlossenen Fernabsatzvertrag nur von der Erfüllung der Informationspflichten des § 312c Abs. 1 und 2 RE, dagegen nicht von den in diesen Fällen gleichermaßen vom Unternehmer zu beachtenden Pflichten des § 312e Abs. 1 RE abhängig

sein sollte. Hier muss den Unternehmer dieselbe Sanktion des hinausgeschobenen Fristbeginns treffen.

Dies bedeutet freilich nicht, dass weitere Sanktionen bei einem Verstoß gegen die in § 312e Abs. 1 Satz 1 RE normierten Pflichten ausgeschlossen sind. Der Entwurf sieht lediglich davon ab, die Rechtsfolgen, die sich aus einem Pflichtenverstoß des Unternehmers im Übrigen ergeben können, statisch in dieser Vorschrift zu regeln. Dies hat seinen Grund darin, dass die in § 312e Abs. 1 Satz 1 RE geregelten Pflichten von derart unterschiedlicher Gewichtung und Art sind, dass die Bestimmung ein und derselben Rechtsfolge wie zum Beispiel die Einräumung eines Widerrufsrechts oder die Nichtigkeit des Vertrags nicht sachgerecht wäre. Die Rechtsfolgen eines Pflichtenverstoßes sollen sich daher nach den allgemeinen Bestimmungen des Schuldrechts richten. Diese sehen ein differenziertes und effektives Sanktionssystem für den Fall des Verstoßes gegen vorvertragliche Informations- und sonstige vertragliche Pflichtverletzungen vor. Im Folgenden soll lediglich auf einige Grundprinzipien hingewiesen werden:

Nichtigkeit

Der Verstoß gegen eine oder auch mehrere Pflichten des § 312e Abs. 1 Satz 1 RE kann indessen nicht die schärfste zivilrechtliche Sanktion, nämlich die Nichtigkeit des Vertrags, auslösen. Eine solche Rechtsfolge wäre nämlich nur anzunehmen, wenn dies dem Willen des Gesetzgebers und dem Zweck der Vorschrift entsprechen würde. An beidem fehlt es hier. Die Vorschrift soll den Kunden schützen. Würde die Nichtbeachtung der Informations- und Verhaltenspflichten die Nichtigkeit des Vertrags zur Folge haben, hätte der Kunde nicht einmal einen (durchsetzbaren) Anspruch auf nachträgliche Information. Das wäre genau Gegenteil des Gewollten. Deshalb ist ein Vertrag nicht nichtig (so auch Grigoleit, WM 2001, 597, 600). Es ist erwogen, dies ausdrücklich klarzustellen. Eine solche Klarstellung würde aber eine an sich klare Rechtslage ungewollt in Zweifel ziehen und auch Unklarheiten hinsichtlich der anderen möglichen Folgen begründen. Deshalb wird davon Abstand genommen.

Erklärungsmangel, Anfechtung wegen Irrtums

Die Verletzung der Informationspflichten, aber auch der Pflicht, einen Korrekturmechanismus vorzuhalten, kann beim Kunden in extremen Fällen dazu führen, dass er sich gar nicht bewusst ist, überhaupt eine rechtsgeschäftliche Erklärung abgegeben zu haben. Dann liegt keine rechtsverbindliche Willenserklärung vor, und der Kunde ist nicht verpflichtet. Gewöhnlich

wird eine Verletzung solcher Pflichten aber „nur“ zu einem Erklärungsirrtum führen. Dieser berechtigt ihn nach § 119 zur Anfechtung des Vertrags wegen Irrtums. Der Anbieter könnte dann rein formal nach § 122 Ersatz des Vertrauensschadens verlangen. Dies wäre aber ein widersprüchliches Verhalten, was seinen Anspruch nach § 242 ausschließt. Es ist erwogen worden, dies klarzustellen. Davon ist aber abgesehen worden, weil dies keiner Erklärung bedarf.

Haftung aus §§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 RE

Mit der Nichteinhaltung der besonderen Pflichten beim E-Commerce kann der Anbieter auch Schutz- und Rücksichtnahmepflichten gegenüber dem Kunden verletzen. Wenn dies zu einem Schaden führen sollte, könnte dafür eine Haftung aus §§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 in Verbindung mit § 280 RE (Culpa in contrahendo) begründet sein. Der Anbieter hätte dann dem Kunden den Schaden zu ersetzen. Das kann gemäß § 249 einen Anspruch auf Rückabwicklung, unter Umständen sogar die Anpassung des abgeschlossenen Vertrags (dazu Palandt/Heinrichs, § 276 Rdn. 102) begründen. Voraussetzung dafür ist aber, dass die Pflichtverletzung des Anbieters für den Abschluss oder ungünstigen Abschluss des Vertrags ursächlich war. War sie das nicht, versäumt der Anbieter es etwa lediglich, den Kunden über die für den Vertragsschluss zur Verfügung stehenden, aber nicht genutzten Sprachen oder über die Verhaltenskodizes, denen er sich unterworfen hat, oder darüber zu unterrichten, ob der Vertragstext nach dem Vertragsschluss speicherbar ist, wird man hieraus einen Anspruch des Kunden auf Rückabwicklung oder Anpassung des Vertrags nicht ableiten können.

Nachträgliche Unterrichtung

Der Kunde kann jedenfalls aus dem abgeschlossenen Vertrag später die nachträgliche Erfüllung der Informationspflichten, soweit diese dann noch sinnvoll beansprucht werden kann (z. B. die Verhaltenskodizes, denen sich der Unternehmer unterworfen hat), oder die Zurverfügungstellung der Vertragsbedingungen in wiedergaberfähiger Form verlangen.

Unterlassungsklage

Verstöße gegen die in Absatz 1 bestimmten Pflichten begründen im Übrigen auch die Möglichkeit einer Unterlassungsklage nach § 13 UWG und nach § 2 des Unterlassungsklagengesetzes, das an die Stelle des bisherigen § 22 AGBG tritt. Die Nichteinhaltung der Verpflichtungen gemäß Absatz 1 ist bei Verbraucherverträgen im elektronischen Geschäftsverkehr

ein Verstoß gegen ein Verbraucherschutzgesetz, das ohne weiteres einen Unterlassungsanspruch nach § 2 des Unterlassungsklagengesetzes (bisher § 22 Abs. 1 AGBG) begründet. Da sich der Anbieter durch die Missachtung der Informationsverpflichtungen auch einen zumindest formalen Wettbewerbsvorteil verschafft, der gesetzeswidrig ist, stellt eine systematische Verletzung der Pflichten des Absatzes 1 regelmäßig auch einen Verstoß gegen die Grundsätze des lauteren Wettbewerbs dar, der einen Unterlassungsanspruch nach § 13 UWG begründet.

Zu § 312f – Abweichende Vereinbarungen

§ 312f RE fasst die bisherigen Abweichungs- und Umgehungsverbote des § 5 FernAbsG und des § 5 HTWG zusammen und bestimmt, dass von den Vorschriften des Untertitels 1 weder zu Lasten des Verbrauchers noch zu Lasten des Kunden abgewichen werden darf. Damit sind auch Abweichungen von § 312e RE über die dort zugelassene Abdingbarkeit hinaus unzulässig.

Zu Untertitel 3 – Anpassung und Beendigung von Verträgen

Zu § 313 - Störung der Geschäftsgrundlage

Vorbemerkung

Verträge können durch nachträglich eingetretene oder bekannt gewordene Umstände in ihren Grundlagen so schwerwiegend gestört sein, dass ihre unveränderte Durchführung unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, nicht mehr zumutbar erscheint. Die Gründe hierfür können Sozialkatastrophen wie Krieg, Währungsverfall oder Umweltkatastrophen sein und sich dann auf eine Vielzahl von Verträgen auswirken; sie können aber auch nur einen Vertrag oder eine begrenzte Zahl von Verträgen betreffen. Liegen solche Umstände vor, so stellen sich folgende Fragen:

1. Wie weit reicht der Grundsatz „pacta sunt servanda“?
2. Welche Rechtsfolgen sollen eintreten? Soll der Vertrag an die veränderte Lage angepasst oder soll er aufgehoben werden?
3. Auf welche Weise sollen Rechtsfolgen herbeigeführt werden, kraft Gesetzes oder Richterspruch oder durch Erklärung einer oder beider Parteien?

Im geltenden Recht gibt es eine Reihe von Einzelbestimmungen (z. B. § 32 D-Markbilanzgesetz), aber keine allgemeine Vorschrift, die Voraussetzungen und Rechtsfolgen dieser Vertragsstörungen regelt. Für diese Fälle des Fehlens oder des Wegfalls der Geschäftsgrundlage ist das Rechtsinstitut entwickelt worden. Folgende Voraussetzungen sind für eine Berücksichtigung des Fehlens oder des Wegfalls der Geschäftsgrundlage allgemein anerkannt: Nur eine schwerwiegende Veränderung von Umständen rechtfertigt eine Vertragsänderung; die Veränderung der Umstände hat außerdem die Grenzen der Risikozuweisung an die betroffene Vertragspartei zu überschreiten; das Festhalten am unveränderten Vertrag muss für die betroffene Partei unzumutbar sein.

In der Rechtslehre sind zum Fehlen und zum Wegfall der Geschäftsgrundlage zahlreiche Theorien entwickelt worden, und es bestehen weitgehend unterschiedliche Auffassungen, die jedoch weniger die Ergebnisse als deren Begründung betreffen. Nach der Rechtsprechung, vor allem der des BGH, wird die Geschäftsgrundlage gebildet durch die nicht zum eigentlichen Vertragsinhalt gewordenen, bei Vertragsschluss aber zutage getretenen gemeinsamen Vorstellungen der Vertragsparteien oder die dem anderen Teil erkennbaren und von ihm nicht beanstandeten Vorstellungen der anderen Partei von dem Vorhandensein oder dem künftigen Eintritt bestimmter Umstände, auf denen sich der Geschäftswille der Parteien aufbaut (RGZ 103, 328, 332; BGHZ 25, 390, 392; BGHZ 89, 226, 231). Diese Formel geht letztlich auf Oertmann, Die Geschäftsgrundlage 1923, zurück.

In der Rechtslehre und Rechtsprechung wird zwischen der objektiven und der subjektiven, der großen und der kleinen Geschäftsgrundlage unterschieden. Beim ersten Begriffspaar geht es um die Frage, ob nur objektive Gesichtspunkte die Geschäftsgrundlage eines Vertrags in Frage stellen können (z. B. Äquivalenzstörungen oder Zweckstörungen) oder auch subjektive, also die Vorstellungen der Parteien (Fall des gemeinschaftlichen Irrtums). Die große Geschäftsgrundlage betrifft die Einwirkungen allgemeiner Katastrophen (Krieg, kriegsähnliche Verhältnisse, erheblicher Währungsverfall, Natur- und Umweltkatastrophen), die kleine Geschäftsgrundlage alle übrigen Fälle, also solche mit begrenzteren Einwirkungen.

Letztlich handelt es sich beim Problem des Fehlens oder des Wegfalls der Geschäftsgrundlage um einen besonderen Anwendungsbereich des Grundsatzes von Treu und Glauben, also des § 242. Ein Wegfall der Geschäftsgrundlage wird insbesondere für folgende Fallgruppen diskutiert:

Äquivalenzstörungen

Zur Grundlage eines gegenseitigen Vertrags gehört der Gedanke der Gleichwertigkeit (Äquivalenz) von Leistung und Gegenleistung. Durch unvorhergesehene Umstände - z. B. Geldentwertung - kann es zu einer Störung der Äquivalenz kommen.

Leistungserschwernisse

Die Grundlage eines Vertrags kann dadurch gestört sein, dass nach Vertragsschluss Umstände - z. B. Beschaffungshindernisse - eintreten, die es einer Partei erschweren, die von ihr geschuldete Leistung zu erbringen.

Zweckstörungen

Zur Grundlage eines Vertrags kann es gehören, dass eine Partei mit der von ihr zu beanspruchenden Leistung einen bestimmten Zweck erreichen will; insbesondere kann sie eine bestimmte Verwendung des Leistungsgegenstandes beabsichtigen. Die Erreichung dieses Leistungszwecks kann sinnlos werden.

Hinzuweisen ist ferner darauf, dass nach allgemeiner gerichtlicher Praxis für Unterhaltsverträge und andere Verträge mit Versorgungscharakter geringere Voraussetzungen genügen, um eine Anpassung verlangen zu können. Für den Bereich der betrieblichen Altersversorgung gibt es hierzu bereits eine Anpassungsvorschrift in § 16 des Gesetzes über die betriebliche Altersversorgung vom 19. Dezember 1974 in der Fassung des Gesetzes vom 16. Dezember 1997 (BGBl. I S. 2998). Dort ist in Absatz 1 bestimmt, dass der Arbeitgeber alle drei Jahre eine Anpassung der laufenden Leistungen zu prüfen und sodann nach billigem Ermessen unter Berücksichtigung der Belange des Versorgungsberechtigten und der wirtschaftlichen Lage des Arbeitgebers zu entscheiden hat.

Die beim Fehlen oder einem Wegfall der Geschäftsgrundlage unter den genannten Voraussetzungen gebotene Vertragsänderung besteht nach allgemeiner Auffassung grundsätzlich in einer Anpassung an die veränderten Umstände; eine Auflösung des Vertrags kommt nur in Betracht, wenn eine Anpassung nicht möglich ist. Die gebotene Anpassung eines Vertrags wird nicht auf einen entsprechenden Anspruch auf Vornahme der Anpassung gestützt, und nach inzwischen herrschender Auffassung ist sie auch kein Akt der Rechtsgestaltung, sondern der Rechtsfeststellung (Palandt/Heinrichs, § 242 Rdn. 130); die Rechtsänderung vollzieht sich danach beim Vorliegen der Voraussetzungen kraft Gesetzes. Zweifelsfrei ist diese Auffassung indessen nicht, und sie wird auch in der Rechtsprechung nicht uneingeschränkt vertreten. So hat der BGH (NJW 1952, 137) es nach § 242 nicht für ausgeschlossen gehal-

ten, dass Volkswagensparer auf Grund der alten Sparverträge die Lieferung eines Volkswagens „um einen im Urteil festzusetzenden Betrag oder Prozentsatz unter dem jeweiligen normalen Verkaufspreis“ verlangen könnten und hat hierbei ausdrücklich von einer „rechtsgestaltenden Veränderung der Verträge“ gesprochen. Diese Beurteilung wird von Medicus geteilt (Festschrift Flume, 1978, Band 1 S. 643). Gleichliegend ist der Fall eines Hofübergabevertrags, in dem der BGH 1953 zur Möglichkeit der Aufteilung eines Hofes zwischen Übergeber und Übernehmer gelangt, für die es nach dem Vertrag keinerlei Grundlage gab (BGH LM Nr. 18 zu § 242 BGB).

Da die Grundsätze über das Fehlen oder den Wegfall der Geschäftsgrundlage ein anerkanntes Rechtsinstitut darstellen und ihre Anwendung in aller Regel zu übereinstimmenden und befriedigenden Ergebnissen führt, kann als Mangel des geltenden Rechts im Grunde nur das Fehlen einer allgemeinen Regelung im Bürgerlichen Gesetzbuch angeführt werden. Dieser Mangel wirkt sich zwar nicht auf die Rechtspraxis aus, jedoch muss es als unbefriedigend angesehen werden, wenn wichtige, seit vielen Jahrzehnten erprobte und bewährte Rechtsinstitute auf Dauer von einer Kodifikation ausgeschlossen bleiben. Im Falle des Instituts des Wegfalls der Geschäftsgrundlage würde dies besonders dann gelten, wenn es auch bei einer weitreichenden Umgestaltung des Leistungsstörungsrechts des Bürgerlichen Gesetzbuchs nicht in das Gesetz aufgenommen würde. Der Umstand, dass der Entwurf nur das ohnehin schon Anerkannte wiedergeben will, spricht deshalb nicht gegen eine Aufnahme in das Bürgerliche Gesetzbuch.

In einigen ausländischen Rechtsordnungen sind die Voraussetzungen und Rechtsfolgen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage ausdrücklich geregelt. Das gilt insbesondere für Italien (Artikel 1467 ff. des Codice civile), Griechenland (Artikel 388 des Zivilgesetzbuchs von 1940) und die Niederlande (Buch 6 Artikel 258 des Nieuw Burgerlijk Wetboek). Alle drei Rechtsordnungen sehen unter ähnlichen Voraussetzungen, wie sie von der Rechtsprechung der Bundesrepublik aufgestellt worden sind, eine Anpassung oder Aufhebung des Vertrags vor. Auch im Zivilgesetzbuch der DDR vom 19. Juni 1975 waren die Voraussetzungen und Rechtsfolgen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage in den §§ 78 und 79 geregelt. Die gleiche Regelung enthielt § 78 des Vertragsgesetzes für Unternehmensverträge. Eine vergleichbare Regelung wurde in § 32 Abs. 2 des D-Markbilanzgesetzes aufgenommen. Andere Rechtsordnungen gelangen ebenso wie die Bundesrepublik zu grundsätzlich vergleichbaren Ergebnissen über die Rechtsprechung, so vor allem die englische und die der USA (Zweigert/Kötz, aaO S. 528 ff.). Dasselbe gilt für die Schweiz (Zweigert/Kötz, S. 411 f.). Wesentlich anders stellt sich die Rechtslage in Frankreich dar, wo die Rechtsprechung als Voraussetzung für eine Änderung nur den Fall der höheren Gewalt (force majeure) anerkennt (Zwei-

gert/Kötz, aaO S. 412 ff., 525 ff.). Dies hat nach dem Ersten und dem Zweiten Weltkrieg Eingriffe des Gesetzgebers notwendig gemacht (Zweigert/Kötz, S. 527).

Zu Absatz 1

Der Entwurf sieht in § 313 die Aufnahme einer Vorschrift über das Fehlen und den Wegfall der Geschäftsgrundlage in das Bürgerliche Gesetzbuch vor. Ihre Bedeutung soll allein darin liegen, die zum Rechtsinstitut gewordenen Grundsätze zum Fehlen und zum Wegfall der Geschäftsgrundlage wegen ihrer erheblichen Bedeutung im Bürgerlichen Gesetzbuch zu verankern. Dabei wird zur Frage, ob es sich bei der Geschäftsgrundlage um einen von Amts wegen oder nur auf Einrede zu berücksichtigenden Umstand handelt, eine vom bisherigen Meinungsstand teilweise abweichende Regelung vorgesehen.

Als Regelungsort für die Vorschrift kommt neben § 313 RE auch eine Einfügung im Anschluss an § 242 in Betracht, weil der Wegfall der Geschäftsgrundlage einen besonderen Anwendungsfall dieser Bestimmung bildet und nicht nur für Verträge von Bedeutung ist. Da das Problem der Geschäftsgrundlage in der Regel aber bei Verträgen auftritt, erscheint § 313 RE als geeigneterer Standort.

In Absatz 1 werden die an das Fehlen oder den Wegfall der Geschäftsgrundlage zu stellenden Anforderungen festgelegt; zugleich wird als vorrangige Rechtsfolge die Anpassung an die veränderten Umstände bestimmt. Nur wenn eine Anpassung nicht möglich oder nicht zumutbar ist, soll eine Aufhebung des Vertrags in Betracht kommen.

Bei den Voraussetzungen werden mehrere Merkmale aufgeführt, die kumulativ vorliegen müssen:

- Es müssen sich nach Vertragsschluss Umstände entscheidend verändert haben.

- Diese Umstände dürfen nicht Inhalt des Vertrags geworden sein.

- Die Parteien müssten, wenn sie die Änderung vorausgesehen hätten, den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen haben.

- Das Festhalten am unveränderten Vertrag muss für den einen Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, unzumutbar sein.

Keine Bestimmung ist für den Fall getroffen, dass die Vertragsparteien die eingetretene Änderung als möglich vorausgesehen haben oder hätten voraussehen können. Hier wird zwar regelmäßig ein Wegfall der Geschäftsgrundlage zu verneinen sein, jedoch gilt dies - auch nach der Rechtsprechung - nicht ausnahmslos (vgl. Palandt/ Heinrichs, § 242 Rdn. 128). Bei zumindest voraussehbarer Änderung wird ein Festhalten am Vertrag aber oft zumutbar sein, etwa dann, wenn Vorkehrungen hätten getroffen werden können.

Insgesamt werden die strengen Anforderungen, die bisher an einen Wegfall der Geschäftsgrundlage gestellt werden, unverändert aufrechterhalten. Liegen die Voraussetzungen für einen Wegfall der Geschäftsgrundlage vor, so soll die benachteiligte Vertragspartei die Anpassung des Vertrags verlangen können. Mit dieser Formulierung ist weder eine Änderung der materiellrechtlichen noch der prozessualen Behandlung der Geschäftsgrundlage verbunden, obwohl die Anpassung bisher nicht auf einen entsprechenden Anspruch auf Vornahme der Anpassung gestützt wird.

Es wurde davon abgesehen, die rechtliche Ausgestaltung der Anpassung weitgehend offen zu lassen, etwa durch die Formulierung „so ist der Vertrag ... anzupassen“. Gründe der Rechtssicherheit sprechen aber dafür, als Rechtsfolge einen Anspruch auf Anpassung festzuschreiben. Insbesondere sollen die Parteien zunächst selbst über die Anpassung verhandeln. Im Falle eines Prozesses wäre dann, wie nach der von der Rechtsprechung zur Wandelung beim Kaufvertrag entwickelten Herstellungstheorie, eine Klage unmittelbar auf die angepasste Leistung möglich (so für die Geschäftsgrundlage schon jetzt BGHZ 91, 32, 36). Die konstruktiven Schwierigkeiten bei einer Anspruchslösung erscheinen deshalb lösbar. Im Übrigen ist auch in § 60 Abs. 1 Satz 1 des Verwaltungsverfahrensgesetzes ein Anspruch auf Anpassung normiert.

In Absatz 1 werden alle Fallgruppen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage erfasst mit Ausnahme der in Absatz 2 in gleicher Weise geregelten Fälle der subjektiven Geschäftsgrundlage. Der Wortlaut der Vorschrift deckt sich allerdings nicht mit der von der Rechtsprechung nach wie vor verwendeten, auf Oertmann zurückgehenden Formel, wonach zur Geschäftsgrundlage alle Vorstellungen gehören, auf denen der Geschäftswille der Parteien aufbaut. Diese Formel ist stärker subjektiv geprägt. Die hier vorgesehene und mehr auf objektive Merkmale abstellende Formulierung bringt die Ergebnisse der Rechtsprechung - an denen nichts zu ändern ist - zutreffender zum Ausdruck. Im Übrigen sind die Fälle des Wegfalls der rein subjektiven Geschäftsgrundlage in § 313 Abs. 2 RE geregelt. Durch die Formulierung

des Absatzes 1 ist jedoch eine Änderung der Rechtsprechung nicht beabsichtigt und auch nicht veranlasst.

Es wurde davon abgesehen, Regelbeispiele für die oben genannten, besonders wichtigen Fallgruppen anzuführen. Mögliche Formulierungen müssten ziemlich allgemein bleiben und könnten deshalb zum Verständnis des Rechtsinstituts der Geschäftsgrundlage und für die Rechtsanwendung kaum zusätzliche Verbesserungen bringen.

Nicht aufgenommen wurde ferner eine Regelung für Unterhaltsverträge und andere Verträge mit Versorgungscharakter. Maßgebend hierfür war die Erwägung, dass für den Bereich der betrieblichen Altersversorgung bereits eine besondere gesetzliche Regelung besteht, die Anpassung von Unterhaltsansprüchen eher im Familienrecht geregelt werden sollte und der dann noch verbleibende Regelungsbedarf gering ist.

Schwerwiegende Leistungsstörungen können auch dazu führen, dass eine Vertragspartei die von ihr geschuldete Leistung nur mit Anstrengungen zu erbringen vermag, die unter Beachtung des Inhalts des Schuldverhältnisses und der Gebote von Treu und Glauben in einem groben Missverhältnis zu dem Leistungsinteresse des Gläubigers stehen. Auch kann man die Möglichkeit der Leistung als Geschäftsgrundlage für eine vertragliche Verpflichtung verstehen. Dann stellt sich die Frage nach einer Abgrenzung zwischen § 275 RE einerseits und § 313 RE andererseits. In seinem Anwendungsbereich geht § 275 RE dem § 313 RE grundsätzlich vor, weil § 275 RE die Grenzen der Leistungspflicht regelt. Die Frage nach einer Anpassung des Vertrags kann sich nur dann stellen, wenn der Schuldner nicht schon nach § 275 RE frei geworden ist. Im Übrigen kann für die Abgrenzung der beiden Vorschriften auf die ergänzenden Ausführungen zu § 275 RE Bezug genommen werden.

Zu Absatz 2

Absatz 2 betrifft das ursprüngliche Fehlen der subjektiven Geschäftsgrundlage. Dabei geht es um die Fälle des gemeinschaftlichen Motivirrtums sowie solche Fälle, in denen sich nur eine Partei falsche Vorstellungen macht, die andere Partei diesen Irrtum aber ohne eigene Vorstellungen hingenommen hat. Damit werden diese Fälle, deren Zuordnung zum Teil umstritten ist, ausdrücklich als Anwendungsfall des Wegfalls der Geschäftsgrundlage eingeordnet.

Zu Absatz 3

In Absatz 3 ist in Übereinstimmung mit der allgemeinen Auffassung in Rechtslehre und Rechtsprechung bestimmt, dass eine Aufhebung des Vertrags dann und nur dann verlangt werden kann, wenn eine Anpassung nicht möglich oder nicht zumutbar ist. Die Aufhebung kommt also nur subsidiär in Betracht. Notwendig für eine Auflösung des Vertrags ist eine Rücktrittserklärung der benachteiligten Partei. Bei Dauerschuldverhältnissen tritt an die Stelle des Rücktrittsrechts das Recht zur Kündigung aus wichtigem Grund nach § 314 RE. Damit wird die bereits jetzt bestehende allgemeine Auffassung in das Gesetz übernommen (vgl. Palandt/Heinrichs, § 242 Rdn. 132; BGHZ 101, 143, 150).

Zu § 314 – Kündigung von Dauerschuldverhältnissen

Vorbemerkung

Bei bestimmten auf Dauer oder jedenfalls für einen längeren Zeitraum angelegten und allgemein als Dauerschuldverhältnisse bezeichneten Rechtsbeziehungen besteht das Bedürfnis, unter gewissen Voraussetzungen eine vorzeitige Auflösung zu ermöglichen.

Im geltenden Recht gibt es Vorschriften über die Kündigung aus wichtigem Grund bei Dauerschuldverhältnissen vor allem in § 554a für die Miete, in § 626 für den Dienstvertrag und in § 723 für die Gesellschaft. In Rechtsprechung und Rechtslehre ist aber seit langem allgemein anerkannt, dass Dauerschuldverhältnisse auch dann aus wichtigem Grund gekündigt werden können, wenn dies weder gesetzlich noch vertraglich vorgesehen ist. Dieser Rechtsgrundsatz ist in seinem Kern zwingendes Recht; auch durch Allgemeine Geschäftsbedingungen kann er nicht eingeschränkt werden (BGH, NJW 1986, 3134).

Dauerschuldverhältnisse unterscheiden sich von den auf eine einmalige Leistung gerichteten Schuldverhältnissen dadurch, dass aus ihnen während der Laufzeit ständig neue Leistungs- und Schutzpflichten entstehen und dem Zeitelement eine wesentliche Bedeutung zukommt. Der Begriff des Dauerschuldverhältnisses ist im Anschluss an v. Gierke (Iherings Jahrbücher Bd. 64, S. 355) von Rechtsprechung und Rechtslehre herausgearbeitet worden, seit langem allgemein anerkannt und durch § 10 Nr. 3 sowie § 11 Nr. 1 und Nr. 12 AGBG inzwischen auch in die Gesetzessprache eingegangen. Außer den bereits erwähnten Miet-, Dienst- und Gesellschaftsverträgen zählen zu den gesetzlich geregelten Dauerschuldverhältnissen insbesondere Pacht-, Leih-, Verwahrungs- und Versicherungsverträge. Hinzu kommen atypische Vertragsverhältnisse wie Leasing- und Belegarztverträge sowie weitere nicht normierte Vertragsverhältnisse mit häufig kaufrechtlicher Funktion, darunter als Unterfall die Bezugs-

verträge. Auch außerhalb von gegenseitigen Verträgen kommen Dauerschuldverhältnisse in Betracht, beispielsweise bei Unterwerfungserklärungen aus Wettbewerbsverhältnissen.

Der für die Kündigung erforderliche wichtige Grund besteht nach der Rechtsprechung, wenn Tatsachen vorliegen, die unter Berücksichtigung aller Umstände und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Vertrags für den Kündigenden unzumutbar machen. Ein Verschulden des anderen Teils ist weder erforderlich noch ausreichend, und ein eigenes Verschulden schließt das Kündigungsrecht nicht unbedingt aus. In der Regel hat der Kündigung eine Abmahnung vorauszugehen, die jedoch entbehrlich ist, wenn ein Erfolg nicht zu erwarten oder das Vertrauensverhältnis so nachhaltig gestört ist, dass eine sofortige Beendigung des Vertrags gerechtfertigt erscheint. Insgesamt hat sich die Kündigung aus wichtigem Grund bei Dauerschuldverhältnissen auf der Grundlage von Rechtsprechung und Rechtslehre zu einem allgemein anerkannten Rechtsinstitut entwickelt. Insbesondere hat der nicht eindeutige Begriff des Dauerschuldverhältnisses eine für die Verwendung in der Rechtspraxis hinreichende Strukturierung erfahren.

Nachdem bei Dauerschuldverhältnissen die Kündigung aus wichtigem Grund ein allgemein anerkannter Rechtsgrundsatz ist und es vor allem zum Anwendungsbereich dieses Grundsatzes und den Voraussetzungen der Kündigung eine im Wesentlichen einheitliche Rechtsprechung gibt, stellt das Fehlen einer allgemeinen gesetzlichen Regelung für die Rechtspraxis keinen nennenswerten Mangel dar. Wie bei den vergleichbar wichtigen, aber nicht kodifizierten Rechtsgrundsätzen und Rechtsinstituten des Wegfalls der Geschäftsgrundlage, des Verschuldens bei Vertragsanbahnung und der positiven Forderungsverletzung müsste es jedoch als unbefriedigend angesehen werden, wenn für Dauerschuldverhältnisse das Recht der Kündigung aus wichtigem Grund bei einer allgemeinen Überarbeitung und Änderung des Leistungsstörungsrechts des Bürgerlichen Gesetzbuchs nicht in das Gesetz aufgenommen würde.

Das italienische Recht enthält in den Artikeln 1559 bis 1570 des Codice civile eine Regelung des Dauerlieferungsvertrags, die sich auf Verträge über „regelmäßig wiederkehrende oder fortgesetzte Leistungen von Sachen gegen Entgelt“ bezieht. Die Dauerlieferungsverträge sind als besonderer Vertragstyp behandelt, können aber zugleich anderen Vertragstypen wie dem Kaufvertrag angehören, deren Vorschriften dann nach Artikel 1570 ergänzend heranzuziehen sind. Da nur Leistungsaustauschverträge mit wiederholter Leistung von Sachen erfasst sind, gelten die Vorschriften der Artikel 1559 ff. für manche wichtige Dauerschuldverhältnisse nicht, insbesondere nicht für Gesellschafts-, Miet-, Dienst- und Arbeitsverträge. Für die Rechtsfolgen bei Störungen des Vertragsverhältnisses sind vor allem Artikel 1564 und

1569 von Bedeutung. Artikel 1564 sieht bei einer nicht unbedeutenden Vertragsverletzung und darauf beruhender Zerstörung des Vertrauensverhältnisses eine Auflösung des Vertrags vor und entspricht der Kündigung aus wichtigem Grund nach deutschem Recht. Demgegenüber betrifft Artikel 1569 die Kündigung unbefristeter Lieferverträge, wobei das Gesetz nur eine sehr allgemein formulierte Rahmenregelung für die Kündigungsmöglichkeit und die Kündigungsfristen zur Verfügung stellt.

Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang auch auf Artikel 73 UN-Kaufrecht, der bei einer schwerwiegenden Störung von Sukzessivlieferungsverträgen ein Aufhebungsrecht des beeinträchtigten Teils auch hinsichtlich der noch ausstehenden Leistungen (Artikel 73 Abs. 2) vorsieht, das damit wie eine Kündigung wirkt.

Der Entwurf sieht mit § 314 RE eine allgemeine Vorschrift über die außerordentliche Kündigung von Dauerschuldverhältnissen vor. Es erscheint geboten, bei einer allgemeinen Überarbeitung des Leistungsstörungsrechts die Kündigung aus wichtigem Grund bei Dauerschuldverhältnissen in das Bürgerliche Gesetzbuch aufzunehmen. Dafür spricht sowohl die erhebliche praktische Bedeutung dieses Rechtsinstituts als auch die seit langem gefestigte Rechtsprechung zu seinem Anwendungsbereich. Der Entwurf übernimmt im Wesentlichen die bisherige Rechtsprechung.

§ 314 RE steht damit in einem Konkurrenzverhältnis zu zahlreichen Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs und anderer Gesetze, in denen die Kündigung aus wichtigem Grund bei einzelnen Dauerschuldverhältnissen besonders geregelt ist. Diese Einzelbestimmungen sollen nicht aufgehoben oder geändert werden, sondern als leges speciales Vorrang vor § 314 RE haben.

Eine Konkurrenz kann ferner zwischen § 313 und § 314 RE bestehen. Hierzu ergibt sich aus § 313 Abs. 3 RE, dass in diesen Fällen die Anpassung des Vertrags Vorrang vor der Kündigung aus wichtigem Grund hat; insoweit geht die Regelung über den Wegfall der Geschäftsgrundlage in § 313 RE der Regelung der Kündigung aus wichtigem Grund in § 314 RE vor.

Schließlich können § 314 und § 323 RE konkurrieren. Insoweit verdrängt § 314 RE in seinem Anwendungsbereich den § 323 RE.

Zu Absatz 1

Zu Satz 1

Absatz 1 Satz 1 sieht vor, dass jeder Vertragsteil ein Dauerschuldverhältnis aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist kündigen kann. Das entspricht § 626 Abs. 1, 1. Halbsatz. Auf eine Definition des Begriffs „Dauerschuldverhältnis“ wird verzichtet, weil dies zwangsläufig zu Abgrenzungsschwierigkeiten führen und möglicherweise künftige Entwicklungen beeinträchtigen würde. Der Begriff kann - wie bisher im AGB-Gesetz - auch ohne eine solche Definition verwendet werden, weil über seinen Inhalt in Rechtsprechung und Rechtslehre seit langem hinreichende Einigkeit besteht. Unterschiedliche Meinungen gibt es im wesentlichen nur zur Behandlung der Ratenlieferungsverträge und zum Darlehensvertrag. Auch die genaue Einordnung und Abgrenzung von Langzeitverträgen ist noch offen. Die Entscheidung hierüber, vor allem zu Verträgen über aufeinanderfolgende gleichartige Leistungen, sowie zu anderen Abgrenzungsfragen soll jedoch weiterhin der Rechtsprechung überlassen bleiben. Das gilt auch für die neuerdings erörterte Frage, ob der Bürge oder Schuldmitübernehmer, der nach der getroffenen Abrede auch für künftig entstehende Verbindlichkeiten einzustehen hat, ein weiteres Anwachsen seiner Schuld durch eine Kündigung aus wichtigem Grund verhindern kann (vgl. Palandt/Heinrichs, Einführung vor § 241 Rdn. 20).

Zu Satz 2

Nur allgemein formuliert ist auch - wie in § 626 Abs. 1 - der für eine Kündigung erforderliche wichtige Grund. Regelmäßig wird es sich hier um die Verletzung von Pflichten aus dem Vertrag handeln, einschließlich der Verletzung von Schutzpflichten, jedoch kann der Kündigungsgrund auch in anderen Umständen liegen. Ein Verschulden des anderen Teils ist wie bisher weder erforderlich noch ausreichend. Ebenso soll es dabei verbleiben, dass Störungen aus dem eigenen Risikobereich grundsätzlich kein Kündigungsrecht begründen. Entscheidend für die Kündigungsberechtigung ist letztlich, ob dem kündigenden Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls eine sofortige Beendigung des Vertrags zugebilligt werden muss. Dabei wird in Übereinstimmung mit § 626 Abs. 1 darauf abgestellt, dass eine Abwägung der Interessen beider Vertragsteile notwendig ist, die Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Vertrags für den Kündigenden also für sich allein nicht genügt.

Das ermöglicht es auch, den Besonderheiten des jeweiligen Vertragstyps in ausreichendem Umfang Rechnung zu tragen. So werden z. B. im Bereich des Versicherungsvertragsrechts für verschiedene Vertragstypen unterschiedliche Anforderungen an das Gewicht des „wichtigen Grundes“ gestellt. Vor allem im Bereich der substitutiven Krankenversicherung, für die § 178i Abs. 1 VVG die ordentliche Kündigung durch den Versicherer ausschließt, sind stren-

ge Anforderungen an eine außerordentliche Kündigung zu stelllen. Insoweit soll eine Änderung der derzeitigen Rechtslage nicht eintreten.

Zu Absatz 2

Ebenso wie der Rücktritt nach § 323 RE soll die Kündigung aus wichtigem Grund bei Verletzung von Pflichten aus einem Vertrag und damit auch bei Schutzpflichtverletzungen grundsätzlich erst nach Ablauf einer zur Abhilfe bestimmten angemessenen Frist oder nach Abmahnung zulässig sein. Auch für die Voraussetzungen, unter denen es einer Fristbestimmung oder Abmahnung nicht bedarf, wird durch die Bezugnahme auf § 323 Abs. 2 RE die gleiche Regelung wie beim Rücktritt getroffen. Damit wird insoweit ebenfalls die bisherige Rechtsprechung in das Gesetz übernommen.

Zu Absatz 3

Absatz 3 sieht vor, dass die Kündigung innerhalb einer angemessenen Zeit seit Kenntnis vom Kündigungsgrund zu erfolgen hat und folgt damit ebenfalls der bisherigen Rechtsprechung. Maßgebend sind zwei Erwägungen: Zum einen soll der andere Teil in angemessener Zeit Klarheit darüber erhalten, ob von der Kündigungsmöglichkeit Gebrauch gemacht wird, und zum anderen kann nach längerem Abwarten nicht mehr angenommen werden, dass die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses wirklich unzumutbar ist. Abgelehnt ist damit eine Regelung, die in Anlehnung an § 626 Abs. 2 sowie §§ 6, 24 und 70 VVG und weitere Spezialvorschriften eine bestimmte Kündigungsfrist vorsieht; Dauerschuldverhältnisse sind zu vielgestaltig, als dass für alle Arten die gleiche Frist vorgeschrieben werden könnte. Soweit ein Bedürfnis für bestimmte Fristen besteht, soll dies weiterhin Spezialregelungen für einzelne Dauerschuldverhältnisse vorbehalten bleiben.

Zu Absatz 4

Absatz 4 stellt – ähnlich wie § 325 RE für den Rücktritt – klar, dass die Kündigung die nach – anderen Vorschriften (insbesondere nach den §§ 280, 281 RE) bestehenden Möglichkeiten, Schadensersatz (statt der Leistung) zu verlangen, unberührt lässt.

Untertitel 4 - Einseitige Leistungsbestimmungsrechte

Die bisherigen §§ 315 bis 319 sollen einen eigenständigen Untertitel, einseitige Leistungsbestimmungsrechte bilden.

Zu Nummer 14 – Neufassung des § 321 – Unsicherheitseinrede

Vorbemerkung

Beim gegenseitigem Vertrag sind nach dem Grundsatz des § 320 die im Austauschverhältnis stehenden Leistungen gleichzeitig zu erbringen. Ist aber ein Vertragsteil zur Vorleistung verpflichtet, so erbringt er seine Leistung im Vertrauen auf ein Fortbestehen der Leistungsfähigkeit des anderen Teils. Wird dieses Vertrauen enttäuscht, so stellt sich die Frage, unter welchen Voraussetzungen und mit welcher Rechtsfolge der vorleistungspflichtige Teil die Möglichkeit haben soll, sich dem Risiko des Ausbleibens der Gegenleistung zu entziehen.

Der derzeitige § 321 gibt dem aus einem gegenseitigen Vertrag vorleistungspflichtigen Vertragsteil eine aufschiebende Einrede, wenn die Vermögensverhältnisse des anderen Teils sich nach Vertragsschluss wesentlich verschlechtert haben und dadurch der Anspruch des Vorleistungspflichtigen auf die Gegenleistung gefährdet wird (Unsicherheitseinrede). Der Vorleistungspflichtige kann die ihm obliegende Leistung verweigern, bis die Gegenleistung bewirkt oder Sicherheit für sie geleistet wird. An dem geltenden § 321 wird insbesondere in zweierlei Hinsicht Kritik geübt:

Zum einen wird an den Tatbestandsvoraussetzungen bemängelt, dass die Vorschrift den Vorleistungspflichtigen nur schützt, wenn die Vermögensverschlechterung des anderen Teils nach Vertragsschluss eintritt. Ein Schutzbedürfnis des Vorleistungspflichtigen wird auch für den Fall gesehen, dass die Gegenleistung bereits bei Vertragsschluss gefährdet war, ohne dass dies der Vorleistungspflichtige wusste. Teilweise wird eine analoge Anwendung der Vorschrift bejaht, teilweise wird sie abgelehnt (zum Meinungsstand vgl. MünchKomm/Emmerich § 321 Rdn. 5).

Zum anderen lässt § 321 auf der Rechtsfolgenseite die Frage offen, was der Vorleistungspflichtige tun kann, wenn der andere Teil auf die Einrede weder die Gegenleistung erbringt noch Sicherheit für sie leistet. Es muss verhindert werden, dass der Vertrag in einen Schwebezustand gerät. Dies ist insbesondere bei den sog. beständigen Vorleistungspflichten problematisch, bei denen die Fälligkeit der Gegenleistung von der Erbringung der Vorleistung abhängig ist. Hier besteht die Gefahr, dass die Abwicklung des Vertrags auf Dauer in die Schwebe gerät. Der BGH begründet ein Rücktrittsrecht des Vorleistungspflichtigen nach § 242 (BGHZ 11, 80, 88).

Regelungen der Unsicherheitseinrede finden sich in den einheitlichen Kaufrechten und auch in vielen ausländischen Rechtsvorschriften:

Nach Artikel 71 Abs. 2 UN-Kaufrecht kann eine Vertragspartei die Erfüllung ihrer Pflichten dann aufschieben, wenn sich nach Vertragsschluss herausstellt, dass die andere Vertragspartei einen wesentlichen Teil ihrer Pflichten nicht erfüllen wird. Das ist auch dann der Fall, wenn eine schlechte Vermögenslage der anderen Vertragspartei zwar bereits bei Vertragsschluss vorhanden war, sich aber erst nachträglich herausgestellt hat. Im Übrigen ist in Artikel 71 Abs. 2 und 3 UN-Kaufrecht das Recht des Käufers geregelt, die Aushändigung abgesandter Waren an den Käufer zu verhindern (Stoppungsrecht).

Besondere Aufmerksamkeit verdient Artikel 83 Abs. 2 des schweizerischen OR, der dem durch die Unsicherheit betroffenen Vertragspartner ein Rücktrittsrecht gibt, wenn „er innerhalb einer angemessenen Frist auf sein Begehren nicht sichergestellt wird".

Die Neufassung des § 321 enthält verschiedene Änderungen gegenüber dem geltenden Recht. Insbesondere ist den beiden Hauptkritikpunkten an der geltenden Fassung Rechnung getragen. Auch ein Irrtum über die schlechte Vermögenslage des Vorleistungsberechtigten bei Vertragsschluss kann zur Anwendung der Vorschrift führen. Ein ungewisser Schwebezustand bei der Vertragsabwicklung wird dadurch verhindert, dass dem Vorleistungspflichtigen nach § 321 Abs. 2 ein Rücktrittsrecht zusteht.

Zu Absatz 1

Zu Satz 1

Die Neufassung lehnt sich an den bisherigen § 321 an, bezieht aber den Fall mit ein, dass der Vorleistungspflichtige sich über eine bereits bei Vertragsschluss vorhandene schlechte Vermögenslage des Vorleistungsberechtigten geirrt hat. Wenn die h. M. eine analoge Anwendung des geltenden § 321 auf diesen Fall ablehnt, so beruft sie sich hierfür auf den Wortlaut der Vorschrift. Dass der Vorleistungspflichtige auch in diesem Fall des Schutzes bedarf, wird grundsätzlich nicht bestritten; er wird auf die Möglichkeit der Anfechtung verwiesen. Es muss aber verhindert werden, dass § 321 dem Vorleistungspflichtigen die Möglichkeit gibt, Vorleistungsverpflichtungen, die er ungeprüft eingegangen ist, nachträglich über die in § 119 gegebenen Möglichkeiten hinaus zu beseitigen. Satz 1 verlangt daher, dass die Gefährdung der Gegenleistung erst nach Vertragsschluss erkennbar wird. Neben der erst nachträglich eingetretenen Gefährdung sind dann nur solche anfänglichen Risiken erfasst,

die der Vorleistungspflichtige bei einer gebotenen Überprüfung der Leistungsfähigkeit des Vorleistungsberechtigten nicht erkennen konnte.

Im Gegensatz zu dem derzeitigen § 321 braucht nach der Neufassung des § 321 Abs. 1 die Gefährdung der Gegenleistung nicht auf schlechten Vermögensverhältnissen zu beruhen. Auch sonstige drohende Leistungshindernisse (z. B. auf Grund von Export- oder Importverboten, Kriegsereignissen, Zusammenbrüchen von Zulieferern, krankheitsbedingten Ausfällen zur Leistung notwendiger Mitarbeiter oder des Schuldners selbst) können für den Vorleistungspflichtigen ein Risiko bedeuten, das ein Eingreifen des § 321 rechtfertigt. Bliebe in diesen Fällen dem Vorleistungspflichtigen der Weg über § 321 versperrt, könnte er nur über einen Rücktritt wegen drohenden Vertragsbruchs die Gefährdung der Gegenleistung zu vermeiden versuchen.

Voraussetzung für ein Eingreifen des Satzes 1 soll wie bisher sein, dass der Anspruch auf die Gegenleistung gefährdet wird. Das kann auch in den Fällen angenommen werden, in denen zwar nicht das Ausbleiben der Gegenleistung droht, wohl aber eine zu erwartende vertragswidrige Beschaffenheit von einigem Gewicht. Nach Satz 1 muss wie im geltenden Recht die Gefährdung der Gegenleistung tatsächlich gegeben sein. Es reicht nicht aus, dass der Vorleistungsberechtigte in zurechenbarer Weise den Anschein einer Gefährdung der Gegenleistung gesetzt hat (so aber zu Artikel 73 EKG: OLG Hamm, NJW 1984, 1307 f.). Vielfach wird allerdings in den wichtigsten Fällen der Leistungsgefährdung, d. h. der Kreditunwürdigkeit, der Anschein das Ereignis bewirken: Wer den Anschein der Kreditunwürdigkeit setzt, wird oft tatsächlich kreditunwürdig werden. Im Übrigen kommt es für den Nachweis der Gefährdung der Gegenleistung nach der Rechtsprechung weniger auf die - schwer beurteilbare - Gesamtlage beim Vorleistungsberechtigten an, als vielmehr auf bestimmte signifikante Vorkommnisse, so z. B. Zwangsvollstreckungsmaßnahrnen (BGH, WM 1958, 1545, 1546), Austeilung ungedeckter Schecks (BGH, WM 1961, 1372), Ablehnung eines in Aussicht gestellten Kredits (BGH, NJW 1964, 99). Es ist dagegen nicht gerechtfertigt, als Folge eines durch bloßen Anschein begründeten Leistungsverweigerungsrechts den Vorleistungsberechtigten vielleicht gerade erst leistungsunfähig werden zu lassen. Das Risiko, eine Leistungsgefährdung zu Unrecht anzunehmen, muss beim Vorleistungspflichtigen bleiben; verweigert er die Vorleistung auf Grund falscher Annahmen, begeht er selbst eine Pflichtverletzung. Ein entschuldbarer Irrtum kann für das Vertretenmüssen im Falle eines Schadensersatzanspruchs von Bedeutung werden.

Das UN-Kaufrecht verlangt für die Unsicherheitseinrede nicht ausdrücklich, dass der Berechtigte vorleistungspflichtig sein muss. Es besteht allerdings kein Anlass, vom Wortlaut des

derzeitigen § 321 in diesem Punkt abzugehen. Für Zug um Zug zu erbringende Leistungen bedarf es der Unsicherheitseinrede grundsätzlich nicht. Soweit der Vorleistungspflichtige bei Zug um Zug zu erbringenden Leistungen nicht erst die eigentliche Leistung zurückhalten, sondern bereits Vorbereitungshandlungen einstellen will, besteht ein Regelungsbedürfnis nicht; bei großzügigem Verständnis können im Einzelfall auch leistungsvorbereitende Handlungen als Vorleistung angesehen werden.

Zu Satz 2

Satz 2 lässt das Leistungsverweigerungsrecht nach Satz 1 entfallen, wenn die Gegenleistung bewirkt oder Sicherheit für sie geleistet wird. Dies entspricht der derzeitigen Regelung in § 321 a. E.

Es kann daran gedacht werden, ob die Unsicherheitseinrede auch dann eingeschränkt werden oder entfallen soll, wenn die Leistungsgefährdung beim Vorleistungsberechtigten vom Vorleistungspflichtigen zu vertreten ist. Eine solche Einschränkung, wie sie für das Rücktrittsrecht nach § 323 Abs. 5 RE vorgesehen ist, erscheint angesichts der nur aufschiebenden, aber nicht auflösenden Wirkung der Unsicherheitseinrede als zu weitgehend. In extremen Fällen kann die Berufung auf die Unsicherheitseinrede rechtsmissbräuchlich sein.

Den Vorschlag von Huber, die Unsicherheitseinrede auch dann entfallen zu lassen, wenn der Vorleistungsberechtigte die Gegenleistung Zug um Zug gegen die Vorleistung anbietet, übernimmt der Entwurf nicht. Ein solches Angebot allein darf die Unsicherheitseinrede nicht ausschließen. Vielmehr hat die erhobene Unsicherheitseinrede zur Folge, dass der Vorleistungsberechtigte die ihm geschuldete Leistung Zug um Zug gegen die Gegenleistung oder Sicherheitsleistung verlangen kann. Die Vorleistungspflicht entfällt. Nach der unveränderten Regelung der §§ 320 Abs. 1 Satz 1, 322 Abs. 1 ist die Vorleistung nur Zug um Zug gegen Bewirkung der Gegenleistung zu erbringen (so schon RG 51, 170, 172). Daneben besteht für den Vorleistungsberechtigten die Möglichkeit, die Unsicherheitseinrede durch Sicherheitsleistung zu entkräften.

Zu Absatz 2

Zur Verhinderung eines Schwebezustandes nach Erheben der Unsicherheitseinrede sieht Absatz 2 ein Rücktrittsrecht des Vorleistungspflichtigen vor. Es folgt dem Nachfristmodell: Der Rücktritt setzt voraus, dass der Vorleistungspflichtige dem Vorleistungsberechtigten zur Bewirkung der Gegenleistung oder zur Leistung der Sicherheit Zug um Zug gegen die Vor-

leistung eine angemessene Frist gesetzt hat. Hierdurch wird die Rechtsprechung des BGH im Gesetz festgeschrieben, nach der ein solches Rücktrittsrecht sich aus § 242 ergibt. Vorbild ist im Übrigen die entsprechende Regelung in Artikel 83 Abs. 2 des schweizerischen OR.

Der Entwurf sieht nicht vor, neben der Unsicherheitseinrede dem Vorleistungspflichtigen im Unsicherheitsfall als weitere Rechtsfolge einen Anspruch auf die Gegenleistung oder auf Sicherheitsleistung Zug um Zug gegen die von ihm zu bewirkende Leistung zu geben. Eine solche Regelung würde zwar das Problem des Schwebezustandes bei der Vertragsabwicklung vermeiden: Der Vorleistungspflichtige könnte auf Erfüllung klagen oder nach § 323 RE vom Vertrag zurücktreten. Sie ließe aber die Interessen des Vorleistungsberechtigten unberücksichtigt. Möglicherweise hat der Vorleistungsberechtigte so kalkuliert, dass er die Mittel für die Gegenleistung erst aus der Verwendung der Vorleistung erlangen will: Der vorleistungsberechtigte Käufer oder Werkbesteller will sich den Kaufpreis oder den Werklohn durch Benutzung der Kaufsache oder des Werkes verdienen; der vorleistungsberechtigte Verkäufer oder Werkunternehmer will den Kaufpreis oder Werklohn zur Beschaffung der Kaufsache oder zur Herstellung des Werkes verwenden. Es sollte dem Vorleistungsberechtigten selbst überlassen bleiben, ob er sein Recht zur Vorleistung aufgeben will, um die Durchführung des Vertrags zu retten. Die Interessen des Vorleistungspflichtigen sind durch die Unsicherheitseinrede und ein Rücktrittsrecht gewahrt.

Zu Nummer 15 – Neufassung der §§ 323 bis 326

Vorbemerkung

Mängel des geltenden Rechts

Vom Grundsatz, dass Verträge einzuhalten sind, müssen Ausnahmen gelten, wo die Durchführung des Vertrags wegen einer Pflichtverletzung beeinträchtigt oder verhindert wird. Dabei ist allerdings zu beachten, dass die Lösung vom Vertrag den jeweiligen Vertragspartner hart treffen kann. Deshalb kann nicht jede Pflichtverletzung ausreichend sein, sondern es ist die Schwere der Pflichtverletzung unter Abwägung der beiderseitigen Interessen der Parteien zu berücksichtigen. Regelungsbedürftig ist auch die Frage, ob die Aufhebung des Vertrags davon abhängig sein soll, dass die Pflichtverletzung vom Schuldner zu vertreten ist.

Das geltende Recht enthält keine einheitliche Regelung des Rechtsbehelfs „Rücktritt wegen Pflichtverletzung", sondern regelt in Voraussetzungen, Durchführung und Folgen unterschiedlich ausgestaltete Fälle der Vertragsaufhebung. Für die wichtigsten Störungen steht

dabei die Kategorie „Unmöglichkeit“ im Mittelpunkt: Bei anfänglicher objektiver Unmöglichkeit ist der Vertrag nach dem bisherigen § 306 ipso iure nichtig. Bei nicht zu vertretender Unmöglichkeit einer synallagmatischen Hauptpflicht wird nicht nur der Schuldner, sondern auch der Gläubiger als Schuldner der Gegenleistungspflicht frei, bisher § 323 Abs. 1, so dass hinsichtlich der Hauptleistungspflichten eine Art ipso iure Auflösung eintritt. Für den Fall zu vertretender Unmöglichkeit eröffnet bisher § 325 Abs. 1 Satz 1 den Weg zum Rücktritt, wobei nicht nur die in der Praxis seltenen Fälle der naturgesetzlichen Unmöglichkeit hier eingeordnet worden sind.

Bei Verzug mit einer Hauptpflicht eröffnet derzeit § 326 Abs. 1 den Weg zum Rücktritt. Ergänzt werden die bisherigen Rücktrittsmöglichkeiten wegen vollständiger Unmöglichkeit durch Regeln zur teilweisen Unmöglichkeit, die dann zum Rücktritt vom ganzen Vertrag führen kann, wenn die teilweise Erfüllung für den Gläubiger kein Interesse hat, § 325 Abs. 1 Satz 2, § 326 Abs. 1 Satz 3. Rechtsprechung und Wissenschaft haben diese Regelung ergänzt um die Fälle der positiven Forderungsverletzung des Schuldners, die das Festhalten am Vertrag für den Gläubiger unzumutbar macht, die ernsthafte Erfüllungsverweigerung vor Fälligkeit (dogmatisch überwiegend ebenfalls als positive Forderungsverletzung eingeordnet) und die Störung der Erbringung einzelner Raten beim Sukzessivlieferungsvertrag. Zu diesem Kernbestand an Rücktrittsregeln treten Sonderfälle wie der Rücktritt bei Fristüberschreitung im Falle eines relativen Fixgeschäftes, bisher § 361 BGB sowie § 376 Abs. 1 Satz 1 HGB und bei bloßer Terminüberschreitung nach dem bisherigen § 636 Abs. 1 Satz 1, ferner die Aufhebungsmöglichkeiten wegen Mängeln, die als Wandelungsvertrag (auf dessen Abschluss der verletzte Teil Anspruch hat) geregelt, §§ 459, 462, 634 Abs. 1 Satz 3, oder als Kündigung ausgestaltet sind, §§ 651e, 651j.

Die Aufhebungsmöglichkeiten nach geltendem Recht unterscheiden sich zunächst in den Voraussetzungen: Teilweise muss die Störung im Sinne der §§ 276 ff. zu vertreten sein (insbesondere §§ 325, 326 und im Falle positiver Forderungsverletzung), teilweise reicht die Störung als solche (§ 323, Wandelung bei Kauf- und Werkvertrag, Kündigung wegen Mängeln oder nicht voraussehbarer höherer Gewalt beim Reisevertrag sowie im Falle der Aufhebung wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage). Auch hinsichtlich der Schwere der Leistungsstörungen bestehen Unterschiede: Unmöglichkeit wird stets als schwerer Leistungsstörungsfall gesehen, bei positiver Forderungsverletzung kommt es auf die „Zumutbarkeit“ der Fortführung des Vertrags für den anderen Teil an, bei Teilunmöglichkeit auf Fortbestand oder Wegfall seines Interesses, bei Fristüberschreitung auf die Bedeutung des Termins für den Vertrag, die eine Nachfrist erforderlich - § 326 Abs. 1 - oder entbehrlich - § 361 - sein lässt.

Aber auch geringfügige Leistungsstörungen können - so die Mangelhaftigkeit der Kaufsache oder Werkleistung - zur Aufhebung führen.

Schließlich sind auch die Folgen einer Vertragsauflösung wegen Leistungsstörungen derzeit verschieden geregelt und teilweise umstritten: Bei ipso facto eintretendem Erlöschen der Hauptpflichten ist nach Bereicherungsrecht abzuwickeln, bei Erlöschen durch Rücktrittserklärung oder Wandelungsvertrag nach den für ein vertragliches Rücktrittsrecht geltenden Vorschriften der §§ 346 ff.. Streitig ist in der Auslegung des bisherigen § 327 Satz 2, ob die haftungserleichternde Verweisung auf Bereicherungsrecht wörtlich zu nehmen ist oder den allgemeinen Rechtsgedanken enthält, dass derjenige, der den Rücktrittsgrund nicht zu vertreten hat, stets (nur) nach Bereicherungsgrundsätzen haftet. Hinzu kommen für bestimmte Aufhebungsfälle Sonderregelungen, etwa bei der Wandelung der Ersatz der Vertragskosten nach § 467 Satz 2.

Die Mängel des geltenden Rechts sind in der außerordentlichen Vielfalt der Voraussetzungen der Vertragsaufhebung, der sie bewirkenden Faktoren und der Unterschiede in den Abwicklungsregeln zu sehen. Die Verschiedenheiten lassen sich kaum durch sachliche Gesichtspunkte rechtfertigen, sondern sind nur durch die historischen Entstehungsbedingungen zu erklären (dazu grundlegend Leser, Der Rücktritt vom Vertrag, 1975, S. 26 ff., 54 ff. mit eingehender Darstellung der Entstehung des gesetzlichen Rücktrittsrechts). Sie führen immer wieder zu Überschneidungen, die Abgrenzungen erforderlich machen, oder zu Konkurrenzen, für die dann Hilfsregeln entwickelt werden müssen, die im konkreten Fall plausibel sein mögen, bei Anwendung auf den nächsten Fall aber schon zu Bedenken Anlass geben. Ob bei Abweichungen von der vertragsmäßigen Beschaffenheit Nichtleistung - und deshalb Aufhebung über § 326 Abs. 1 - oder mangelhafte Leistung - mit Wandelungsmöglichkeit - gegeben ist, ob Nutzungsbeschränkungen auf Grund öffentlich-rechtlicher Bauplanung zur Wandelung berechtigender Sachmangel oder Rücktritt ermöglichender Rechtsmangel sind, kann die Beurteilung konkreter Fälle ebenso erschweren wie die Frage, ob der Schuldner im Falle grundlegender Veränderungen der wirtschaftlichen Rahmenbedingungen ein Leistungsungsvermögen zu vertreten hat oder nicht. Hinzu kommt, dass die bisher im Gesetz vorgesehene Ablehnungsandrohung (§§ 283 Abs. 1 Satz 1, 326 Abs. 1 Satz 1) wenig praktikabel ist und häufig unwirksame Fristsetzungen vorkommen (vgl. die Begründung zu § 281 RE).

Eine rechtsvergleichende Umschau bestätigt das bereits zum deutschen Recht wiedergegebene Bild einer großen Vielzahl rechtstechnischer Instrumente zur Lösung des Spannungsverhältnisses von Vertragstreue und Notwendigkeit der Auflösung wegen gravierender Stö-

rungen. Am ähnlichsten sind dem deutschen Recht verständlicherweise das schweizerische und österreichische Recht: Das schweizerische Recht kennt die Nichtigkeit auf Grund anfänglicher objektiver Unmöglichkeit, Artikel 20 Abs. 1 des schweizerischen OR, unterscheidet weiter zwischen zu vertretender und nicht zu vertretender Unmöglichkeit, kennt die Vertragsauflösung nach Nachfristen, Artikel 107 Abs. 1 des schweizerischen OR und die Erfüllungsweigerung als positive Forderungsverletzung (vgl. schw. Bundesgericht, BGE 69 II 243, 244). Wie im deutschen Recht gibt es ein besonderes Regime für Sachmängel. Im österreichischen Recht finden sich entsprechende Bestimmungen in den §§ 878, 879, 922, 930, 932, 933, 934 und 1167 des österreichischen ABGB. Das französische Recht regelt in Artikel 1184 Code Civil den Grundtatbestand der Aufhebung synallagmatischer Verträge durch gerichtliche Entscheidung und bedient sich dazu des dogmatischen Hilfsmittels einer als vereinbart unterstellten auflösenden Bedingung für den Fall der Pflichtverletzung des anderen Teils (inexécution); erfasst werden Nichterfüllung, verzögerte Erfüllung und Schlechterfüllung. Zu dem Sonderregime der Haftung für Sachmängel besteht ein schwer überschaubares Konkurrenzverhältnis. Die Rechtsprechung neigt zunehmend dazu, vertragswidrige Beschaffenheit als „inexécution" zu behandeln. Im englischen Recht entscheidet sich die Aufhebungsmöglichkeit zunächst danach, ob die verletzte Pflicht als „condition" des Vertrags oder nur als „warranty" gewertet werden kann. Daneben gibt es die sog. „innominate terms" (vgl. Hongkong Fir Shipping Company Co. Ltd. v. Kawasaki Kisen Kaisha Ltd [1962] 2 Q. B. 26, 70), für deren Verletzung es darauf ankommt, ob der betroffenen Partei damit im Wesentlichen entzogen wird, was ihr als Vorteil aus dem Vertrag zukommen sollte. Das amerikanische Recht hat sich von der als archaisch empfundenen Unterstellung, die Erfüllung bestimmter Pflichten sei eine „condition" des Vertrags, zu lösen begonnen und gestattet Vertragsauflösung in Fällen der Unmöglichkeit, aber auch der Undurchführbarkeit, sofern nicht eine Partei für die Durchführbarkeit das Risiko übernommen hat.

Das UN-Kaufrecht geht von einem einheitlichen Aufhebungsgrund des „wesentlichen Vertragsbruchs" aus, der unabhängig von Vertretenmüssen oder Verschulden des Vertragsteils, der seine Leistung nicht oder nicht richtig erbringen kann, Aufhebung durch gestaltende Erklärung des anderen Teils ermöglicht. Ist zweifelhaft, ob die in Artikel 25 UN-Kaufrecht definierte Schwelle des „wesentlichen Vertragsbruchs" erreicht ist, kann für die wichtigsten Störungsfälle Nichtzahlung, Nichtleistung der Kaufsache oder Nichtabnahme durch Nachfristsetzung geklärt werden, ob die jeweilige Störung als Aufhebungsgrund ausreicht. Auch die von Unidroit formulierten „Principles for international commercial contracts" sehen in Artikel 5.2.1 zunächst die Grundregel vor, dass Erschwernisse für den Schuldner nicht von der Bindung an den Vertrag befreien, dass jedoch im Falle einer „fundamental non-performance" die davon betroffene Partei den Vertrag auflösen könne, Artikel 6.3.1. Die Definition der „funda-

mental non-performance“ in Artikel 6.3.1 (II) (a) gleicht dabei nahezu völlig Artikel 25 UN-Kaufrecht. Für verzögerte Erfüllung wird das Nachfristsystem vorgesehen, Artikel 6.3.2.

Im Ganzen hat die rechtsvergleichende Analyse von Treitel (in: Encyclopedia of Comparative Law, Vol. VII, Cap. 16, Remedies for Breach of Contract, dort vor allem no. 147 ff., 155 ff.) nachgewiesen, „the most important principle“ sei, dass „the default attains a certain minimum degree of seriousness“ (aaO no. 161) - ein Grundgedanke, der in den einheitlichen Kaufrechten als die Voraussetzung eines „wesentlichen Vertragsbruchs“ für die Vertragsauflösung festgehalten worden ist (vgl. Artikel 25 UN-Kaufrecht). Durchgangsstation ist dabei in allen Rechtsordnungen die Hilfsvorstellung einer für den Fall der schweren Pflichtverletzung durch den anderen Teil unterstellten auflösenden Bedingung, die im 19. Jahrhundert allein die Vereinbarkeit der Vertragsauflösung mit dem Prinzip „pacta sunt servanda“ als möglich erscheinen ließ (vgl. dazu von Caemmerer, Festschrift Coing, Bd. 2, S. 39: „Musste vom Satz pacta sunt servanda abgewichen werden, so sollte das auf den vermutlichen Parteiwillen gestützt werden können“).

Huber hat in seinem Gutachten „Leistungsstörungen“ vorgeschlagen, die Auflösung des Vertrags durch Rücktritt im Falle von Leistungsstörungen am einheitlichen Kaufrecht zu orientieren. Ein Rücktritt soll nach seinen Vorschlägen stets bei wesentlicher Vertragsverletzung möglich sein, im Übrigen nach Ablauf einer erfolglos gesetzten Nachfrist; der Nachfristfall steht jedoch am Beginn seiner Vorschläge (§§ 326, 326a, ferner § 326c Abs. 1 Satz 3 für Fälle der teilweisen Nichterfüllung, § 326d für Sukzessivlieferungsverträge usw., s. Gutachten S. 677 f., 832 ff.). Auch in der sonstigen Literatur finden sich Versuche, die den verstreuten und divergierenden Regelungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs zugrundeliegenden Vorstellungen und Wertungen auf ein einheitliches Prinzip zurückzuführen (vgl. Schlechtriem, Aufhebung des Vertrags als Rechtsbehelf bei Leistungsstörungen, Festschrift Müller-Freienfels 1986, S. 525 ff.).

Lösungsansatz der Schuldrechtskommission

Die Schuldrechtskommission hatte parallel zur Regelung im Schadensersatz in § 323 KE einen einheitlichen Tatbestand für die Vertragsauflösung von gegenseitigen Verträgen bei Pflichtverletzung vorgeschlagen. § 323 Abs. 1 KE knüpft an den zentralen Begriff der Pflichtverletzung an. Er stellt anders als das geltende Recht nicht darauf ab, ob eine synallagmatische oder eine andere Pflicht verletzt worden ist, ob die Pflichtverletzung durch Nichtleistung wegen Unmöglichkeit oder auf Grund einer Leistungsverweigerung geschieht, ob Unmöglichkeit oder Verzug vorliegen oder ob eine sonstige Vertragsstörung durch Schlechterbrin-

gung der Hauptleistung oder Verletzung von Nebenpflichten zu beurteilen ist. Der von der Schuldrechtskommission vorgeschlagene § 323 erfasste deshalb die im geltenden Recht in §§ 325, 326 geregelten Fälle, aber auch die bisher als Wandelung geregelte Auflösung von Verträgen wegen Mängeln eines Leistungsgegenstandes oder den von der Rechtsprechung entwickelten Rücktritt wegen positiver Forderungsverletzung.

Neben dieser Vereinheitlichung des Rücktrittstatbestandes liegt die wesentliche Änderung des Kommissionsvorschlags gegenüber dem geltenden Recht darin, dass es für den Rücktritt wegen Pflichtverletzung nicht mehr darauf ankommen soll, ob der vertragsbrüchige Teil die Pflichtverletzung zu vertreten hat. Der Gläubiger soll den Vertrag auch auflösen können, wenn die Pflichtverletzung vom Schuldner nicht zu vertreten ist. § 323 KE deckt damit auch den im bisherigen § 323 geregelten Fall der vom Schuldner nicht zu vertretenden Möglichkeit ab. Voraussetzung für den Rücktritt ist nach § 323 Abs. 1 KE, dass der Gläubiger dem Schuldner eine Frist zur Nacherfüllung gesetzt und dieser mit dem Rücktritt rechnen musste. In bestimmten Fällen soll von dem Erfordernis der Fristsetzung abgesehen werden, § 323 Abs. 2 KE. Ein Rücktritt soll gemäß § 323 Abs. 3 KE in bestimmten Fällen, insbesondere gemäß § 323 Abs. 3 Nr. 1 KE dann ausgeschlossen sein, wenn die Pflichtverletzung unerheblich ist.

Die dritte wesentliche Veränderung gegenüber dem geltenden Recht, die die Schuldrechtskommission vorgeschlagen hat, ist die Beseitigung der Alternativität von Rücktritt und Schadensersatz, die in § 327 KE ihren Niederschlag fand. Schadensersatz soll danach neben dem Rücktritt verlangt werden können. Schadensersatz wegen Nichtausführung des Vertrags soll der Gläubiger nach dieser vorgeschlagenen Vorschrift nur verlangen können, wenn er zuvor vom Vertrag zurückgetreten ist.

Lösungsansatz des Entwurfs

Diesen Grundansatz der Schuldrechtskommission übernimmt der Entwurf weitgehend. Er enthält allerdings auch einige nicht unerhebliche Abweichungen.

Das betrifft zunächst die objektive Unmöglichkeit. Ähnlich wie bei der Befreiung von der Primärleistung in § 275 KE sieht § 323 KE für den Fall der unmöglichen Leistung keine Leistungsbefreiung kraft Gesetzes vor, wie dies im geltenden § 323 der Fall ist. Der Gläubiger wird nach dem Kommissionsentwurf von der Gegenleistung vielmehr nur befreit, wenn er von dem Vertrag zurücktritt, wofür in diesem Fall allerdings keine Fristsetzung erforderlich wäre, § 323 Abs. 2 Nr. 1 KE. Im Schrifttum ist kritisiert worden, dass der Weg des Rücktritts und

das Absehen von der Fristsetzung technisch zu kompliziert sei, wenn von vornherein feststehe, dass die Leistung nicht erbracht werden könne. § 323 Abs. 1 KE stellte mit dem Erfordernis der Fristsetzung eine Voraussetzung auf, die in den Fällen der Unmöglichkeit von vornherein keinen Sinn mache. Es ist deshalb vorgeschlagen worden, es insoweit bei dem geltenden Recht zu belassen. Dieses Anliegen greift der Entwurf auf, indem er in § 326 für den Fall der Unmöglichkeit eine Befreiung kraft Gesetzes von der Verpflichtung zur Erbringung der Gegenleistung zu einer unmöglich geworden Leistung vorsieht. § 326 RE fasst dabei die geltenden §§ 323 und 324 zusammen.

§ 323 KE fasst alle Rücktrittssituationen in einer einheitlichen Norm zusammen. Dieser Ansatz hat im Schrifttum wegen seines hohen Abstraktionsgrades Kritik erfahren, weil die Norm über die Ausnahmen in ihren Absätzen 2 und 3 doch wieder unterschiedliche Regelungen für einzelne Leistungsstörungssituationen über Ausnahmeregelungen von dem Prinzip in Absatz 1 bereitstellen müsse. Damit – so die Kritik – werde die mit der Norm auf einem hohen Abstraktionsniveau angestrebte Vereinheitlichung der Leistungsstörungstatbestände letztlich in der Sache doch nicht erreicht. § 323 Abs. 1 KE enthalte deshalb nur scheinbar ein allgemeines, auf alle Arten von Leistungsstörungen gleichermaßen anwendbares Prinzip. Für den Rechtsanwender sei es zweckmäßiger, wenn er die Voraussetzungen für den Rücktritt in den typischen Leistungsstörungssituationen unmittelbar aus den gesetzlichen Rücktrittstatbeständen ablesen könne. Diesem Anliegen trägt der Entwurf Rechnung. Er sieht anders als der Kommissionsentwurf nicht mehr nur einen einzigen Rücktrittstatbestand, sondern je einen Rücktrittstatbestand für den Fall des Verzugs und der Schlechterfüllung (§ 323 RE) und den Rücktritt wegen Verletzung einer sonstigen Pflicht (§ 324) sowie einen Tatbestand für die Befreiung von der Gegenleistung kraft Gesetzes im Fall der Unmöglichkeit der Leistung (§ 326) vor.

Allerdings sei an dieser Stelle betont, dass aus dem einheitlichen Rücktrittstatbestand des § 323 KE lediglich die soeben genannten Fälle von Nebenpflichtverletzungen (§ 324 RE) und von Unmöglichkeit der Leistung (§ 326 RE) herausgenommen und tatbestandlich verselbständigt werden. Diese Fälle stellen auch nach dem Kommissionsentwurf Ausnahmen von dem Grundsatz des § 323 Abs. 1 KE dar: Die Nebenpflichtverletzung, weil auch nach dem Kommissionsentwurf ein hierauf gestützter Rücktritt ganz parallel zu § 324 RE an die zusätzliche Voraussetzung der Unzumutbarkeit geknüpft sein soll (§ 323 Abs. 3 Nr. 2 KE), und die Unmöglichkeit, weil auch nach dem KE ein Rücktritt dann ganz parallel zu § 326 RE sofort und ohne Fristsetzung möglich sein sollte (§ 323 Abs. 2 Nr. 1 KE). Im Übrigen bleibt der in einer starken Vereinheitlichung der Rücktrittsvoraussetzungen liegende Effekt des § 323 Abs. 1 KE in diesem Entwurf erhalten. Insbesondere wird der Rücktritt künftig in allen Fällen

möglich sein, ohne dass es darauf ankommt, ob der Schuldner den Rücktrittsgrund zu vertreten hat.

Der Entwurf folgt dem Kommissionsentwurf auch in dem Grundanliegen, die Alternativität zwischen Rücktritt und Schadensersatz zu beseitigen. Der Kommissionsentwurf macht allerdings den Schadensersatz „wegen Nichtausführung des Vertrags“ („großer Schadensersatz“) in § 327 KE davon abhängig, dass der Gläubiger vorher vom Vertrag zurücktritt. Das hätte zu einem nicht ganz einfach zu durchschauenden Nebeneinander von Schadensersatz statt der ausgebliebenen Leistung und Schadensersatz „wegen Nichtausführung des Vertrags“ mit jeweils unterschiedlichen Voraussetzungen geführt. Ursache hierfür war der Umstand, dass die Voraussetzungen für den Rücktritt etwas anders ausgestaltet waren als die Voraussetzungen für den Schadensersatz statt der Leistung. Hätte man den Schadensersatz statt der Leistung in jedem Fall des Rücktritts zugelassen, hätten die Rücktrittsausschlüsse des § 323 Abs. 3 KE leicht dadurch umgangen werden können, dass der Gläubiger - anstatt zurückzutreten - wie bisher Schadensersatz statt der Leistung in der Form des großen Schadensersatzes wählt, bei dem traditionell die Schadensersatz- und Rücktrittsfolgen kombiniert werden können. Dies veranlasste die Schuldrechtskommission dazu, den Schadensersatz wegen Nichtausführung des Vertrags in ihren Vorschlägen von dem vorherigen Rücktritt abhängig zu machen.

In der Wissenschaft, vor allem aber auch in der Praxis ist dieses Modell als schwer durchschaubar und kompliziert abgelehnt worden. Der Entwurf greift diese Kritik auf und schlägt deshalb vor, dass grundsätzlich immer neben dem Rücktritt Schadensersatz statt der Leistung verlangt werden kann und dass das Verlangen von Schadensersatz statt der ganzen Leistung („großer Schadensersatz“) nicht von der vorherigen Erklärung des Rücktritts abhängig ist. Um diese Lösung zu erreichen, mussten die Voraussetzungen für den Rücktritt und die Voraussetzungen für den Schadensersatz statt der Leistung inhaltlich angeglichen und aufeinander abgestimmt werden. Sie sind jetzt im Wesentlichen identisch. Es gibt lediglich einen Unterschied, und zwar beim Fixgeschäft. Dieses erlaubt nach § 323 Abs. 2 Nr. 2 RE (der inhaltlich § 323 Abs. 2 Nr. 2 KE entspricht) den Rücktritt ohne Fristsetzung. Schadensersatz ist nach § 281 Abs. 2 RE nur möglich, wenn zusätzlich eine Frist gesetzt worden ist. Dies entspricht in der Sache dem geltenden § 361 und ist unter dem Gesichtspunkt eines Zwangs zum vorherigen Rücktritt unproblematisch, weil die Voraussetzungen für den Schadensersatz statt der Leistung in diesem Fall strenger sind als die Voraussetzungen für den Rücktritt vom Vertrag. Damit können die Voraussetzungen für den Rücktritt jedenfalls nicht durch das Verlangen von Schadensersatz statt der Leistung umgangen werden.

Zu § 323 – Rücktritt wegen nicht oder vertragsgemäß erbrachter Leistung

Zu Absatz 1

§ 323 RE regelt den Rücktritt nur wegen bestimmter Verletzungen von Pflichten aus einem gegenseitigen Vertrag. Es muss sich also um Verträge handeln, bei denen die wechselseitigen Leistungen in einem Gegenseitigkeitsverhältnis stehen. Für Bürgschaften, Aufträge und andere Verträge, bei denen ein solches Gegenseitigkeitsverhältnis nicht besteht, gilt § 323 nicht. Hier greifen nur die §§ 275 ff. ein. Nicht erforderlich ist, dass die verletzte Pflicht im Synallagma steht. Damit geht § 323 RE wie § 323 KE über die geltenden §§ 325, 326 hinaus, doch hat die Rechtsprechung durch großzügige Auslegung des derzeitigen § 326 (vgl. BGH, NJW 1988, 1778 ff., s. aber auch BGH, NJW 1990, 2376) und die Zulassung eines Rücktritts wegen positiver Forderungsverletzung die Rücktrittsmöglichkeiten bereits erheblich erweitert und stellt nicht mehr entscheidend auf den synallagmatischen Charakter der verletzten Pflicht ab.

Anders als § 323 KE erfasst § 323 RE nicht jede Pflichtverletzung aus einem gegenseitigen Vertrag. Vielmehr wird hier nur der Rücktritt wegen Verzögerung der Leistung und wegen Schlechtleistung erfasst. Das entspricht hinsichtlich der verletzten Pflicht den Voraussetzungen des § 281 Abs. 1 Satz 1 RE für den Schadensersatz statt der Leistung.

Absatz 1 erfasst zunächst den Fall, dass die Leistung nicht erbracht worden ist. Nichterbringung der Leistung ist hier in gleichem Sinne zu verstehen wie in der parallelen Schadensersatznorm des § 281 Abs. 1 Satz 1 RE. Erfasst ist hier nur die Verzögerung der Leistung. Rein sprachlich könnte der Begriff Nichterbringung der Leistung auch das auf einem der Fälle des § 275 Abs. 1 oder 2 beruhende dauernde Ausbleiben der Leistung erfassen. Dies wird hier aber nicht angesprochen. Das folgt daraus, dass § 326 RE diesen Fall speziell und in einigen Punkten abweichend regelt. § 323 Abs. 1 RE setzt deshalb die Nachholbarkeit der Leistung voraus, weil er eine Fristsetzung verlangt, die bei einer nicht nachholbaren Leistung sinnlos wäre.

§ 323 Abs. 1 RE verzichtet darauf, den Verzug des Schuldners als Voraussetzung für das Rücktrittsrecht des Gläubigers ausdrücklich zu nennen. Es kommt deshalb nach dem Wortlaut der Vorschrift nicht darauf an, ob die Voraussetzungen des § 286 RE vorliegen. Die Leistung muss lediglich fällig und zum vertraglich versprochenen Zeitpunkt nicht erbracht worden sein. Hierzu gelten dieselben Erwägungen, die bereits in der Begründung zu § 281 Abs. 1 Satz 1 RE ausgeführt wurden. Auf die weiteren Merkmale des Verzugs kann verzichtet

werden, weil der Rücktritt erst möglich wird, wenn dem Schuldner eine Frist zur Nacherfüllung gesetzt und diese erfolglos verstrichen ist.

Es ist erwogen worden, in § 323 Abs. 1 RE ähnlich wie im geltenden § 326 die förmlichen Voraussetzungen des Verzugs zu verlangen. Es würde sich dann aber die Frage stellen, wie sich die regelmäßige Voraussetzung des Verzugs, nämlich die Mahnung (§ 286 Abs. 1 RE) und die nach § 323 Abs. 1 erforderliche Fristsetzung zueinander verhalten. Ähnlich wie im bisherigen § 326 müsste die Mahnung mit der Fristsetzung verbunden werden können. Anderenfalls wäre der Gläubiger gehalten, dem vertragsbrüchigen Schuldner zwei Mal Gelegenheit zur Nacherfüllung zu geben, zunächst durch Mahnung und nachfolgend bei deren Erfolglosigkeit nochmals im Rahmen einer Fristsetzung. Hierfür gibt es keinen sachlichen Grund. Können aber Mahnung und Fristsetzung ohnehin miteinander verbunden werden, dann kann auf das Erfordernis der Mahnung für den Rücktritt verzichtet werden. Eine eigenständige Bedeutung der Mahnung wäre nämlich nicht erkennbar. Vielmehr ist ohnehin – wie in der Begründung zu § 281 Abs. 1 Satz 1 RE bereits ausgeführt – eine Fristsetzung, die einerseits so deutlich ist, dass der Schuldner sich nicht auf die Ausnahmen in § 281 Abs. 1 Satz 2 RE oder in § 323 Abs. 1 a. E. RE berufen kann, andererseits aber keine, auch nicht eine „befristete" Mahnung darstellt, kaum vorstellbar. Es kommt hinzu, dass auf das Verschulden des Schuldners, das nach § 286 Abs. 4 RE wie bisher Voraussetzung für den Eintritt ist, im Rahmen des § 323 Abs. 1 RE ohnehin nicht abgestellt werden könnte, weil der Rücktritt unabhängig davon möglich sein soll, ob der Schuldner das Ausbleiben der ihm obliegenden Leistung zu vertreten hat. Die sachliche Rechtfertigung für die Rücktrittsmöglichkeit des Gläubigers gemäß § 323 Abs. 1 RE liegt darin, dass der Schuldner die von ihm geschuldete Leistung nicht oder jedenfalls nicht so wie geschuldet erbringt, welchen Grund auch immer dies haben mag. Das rechtfertigt es, allein darauf abzustellen, dass eine dem Schuldner gesetzte angemessene Frist ergebnislos abgelaufen ist.

§ 323 Abs. 1 RE regelt den Rücktritt nicht nur im Fall der Leistungsverzögerung, sondern auch im Fall der Schlechterfüllung. Die Schlechterfüllung bringt die Vorschrift – wie schon § 281 Abs. 1 Satz 1 RE – mit den Worten „nicht vertragsgemäß erbracht" zum Ausdruck. Aus welchen Gründen die Leistung nicht vertragsgemäß ist, ist für die Anwendung von § 323 Abs. 1 RE ebenso wie bei § 323 Abs. 1 KE unerheblich. Die Schlechtleistung kann auf der Verletzung einer Haupt-, sie kann aber auch auf der Verletzung einer Nebenleistungspflicht beruhen. Beides wird gleich behandelt. Maßgeblich ist allein der erfolglose Ablauf einer vom Gläubiger dem Schuldner gesetzten angemessenen Nachfrist.

Dem Wortlaut nach würde § 323 Abs. 1 RE auch den Fall erfassen, dass schlecht geleistet, die Nacherfüllung aber von Anfang an unmöglich ist oder im weiteren Verlauf der Vertragsabwicklung unmöglich wird. Das entspricht aber nicht der Struktur der §§ 323 ff. RE. § 323 setzt, wie sich aus dem Erfordernis der Fristsetzung ergibt, voraus, dass die Leistung nachholbar ist. Eine Fristsetzung ist aber sinnlos, wenn die Nacherfüllung vom Schuldner aus einem der in § 275 RE genannten Gründe nicht erbracht werden kann. Dasselbe gilt, wenn sich während des Laufs einer zunächst gesetzten Nachfrist die Unmöglichkeit herausstellt. Dann kann es für das Rücktrittsrecht des Gläubigers nicht darauf ankommen, dass er aus „formalen" Gründen den Ablauf der gesetzten Frist abwartet. Die Fälle der Unmöglichkeit sind nach der Struktur der §§ 323 ff. RE in § 326 RE erfasst. Aus diesem Grund ist der Fall, dass die Nacherfüllung von Anfang an unmöglich ist oder später unmöglich wird, in § 326 Abs. 1 Satz 3 RE speziell geregelt. Diese Regelung geht als spezieller der allgemeinen Regelung des § 323 Abs. 1 RE vor, verweist allerdings auf die Rücktrittsmöglichkeit aus § 323 RE, der aber nur entsprechend anwendbar ist. § 326 Abs. 1 Satz 3 RE dient deshalb in erster Linie der Klarstellung, dass auch bei Schlechtleistung im Falle der Unmöglichkeit der Nacherfüllung der Rücktritt möglich ist, sich dies im einzelnen nach § 323 RE richtet und eine in diesem Fall sinnlose Fristsetzung nicht erforderlich ist.

Nach § 323 Abs. 1 RE setzt der Rücktritt voraus, dass der Gläubiger dem Schuldner eine angemessene Frist zur Nacherfüllung gesetzt hat und diese Frist erfolglos verstrichen ist. Die Vorschrift unterscheidet sich deshalb in einem wesentlichen Punkt von dem geltenden § 326. Danach ist neben der Fristsetzung auch eine Ablehnungsandrohung erforderlich. Auf diese zusätzliche Ablehnungsandrohung soll ebenso wie im Zusammenhang mit dem Schadensersatz aus § 281 Abs. 1 Satz 1 RE verzichtet werden. Die Motive sind dieselben, weshalb zunächst auf die zu § 281 Abs. 1 RE erfolgte Begründung Bezug genommen werden kann. Die Ablehnungsandrohung hat sich immer wieder als unberechtigtes Hindernis für den vertragstreuen Gläubiger erwiesen, wie bereits zu § 281 Abs. 1 RE näher ausgeführt.

Es ist die Frage aufgeworfen worden, ob das Absehen von einer Ablehnungsandrohung und das bloße Bestehen auf einer Fristsetzung die Schwelle für den Rücktritt nicht zu sehr absenkt. Hierbei ist insbesondere zu berücksichtigen, dass der Rücktritt anders als früher nicht mehr davon abhängt, dass der Schuldner den Rücktrittsgrund zu vertreten hat. Im Ergebnis ist diese Frage aber zu verneinen. Der Schuldner hat nämlich in der Situation des § 323 Abs. 1 RE eine fällige Leistung zum versprochenen Zeitpunkt nicht erbracht. Wenn er in dieser Lage von dem Gläubiger unter Setzung einer angemessenen Frist zur Leistung aufgefordert wird, muss er damit rechnen, dass diese Aufforderung auch Folgen hat. Es verhält sich

hier ganz ähnlich wie mit der Mahnung, die jeder Schuldner auch ohne besonderen Zusatz ernst zu nehmen hat.

Das Verhalten des Gläubigers kann allerdings durchaus Zweifel an der Ernsthaftigkeit einer Fristsetzung aufkommen lassen. Das ist aber nicht die Regel, sondern seltene Ausnahme. Es kann deshalb nicht richtig sei, dass der Gläubiger – wie beispielsweise im Kommissionsentwurf vorgesehen – immer die Ernsthaftigkeit der von ihm ausgesprochenen Fristsetzung darlegen und ggf. auch beweisen muss. Es ist vielmehr Sache des Schuldners, darzulegen und zu beweisen, dass die Fristsetzung seines Gläubigers ausnahmsweise keine Veranlassung gab, mit dem Rücktritt oder dem Schadensersatz zu rechnen. Absatz 1 folgt deshalb dem Regelungsmuster des § 281 Abs. 1 Satz 2 RE und sieht diesbezüglich nur einen als Ausnahme formulierten Zusatz vor („es sei denn“). Der Gläubiger muss lediglich eine Frist setzen. Er braucht keine besondere Ablehnungsandrohung oder andere Maßnahmen zu ergreifen, um die Ernsthaftigkeit dieser Fristsetzung zu unterstreichen. Er muss insbesondere auch nicht androhen oder sonst erkennen lassen, ob er Schadensersatz, Rücktritt oder beides in Anspruch zu nehmen gedenkt. Der Schuldner hat lediglich die Möglichkeit darzulegen, dass die konkret ausgesprochene Fristsetzung ihm keine Veranlassung gab, mit dem Rücktritt zu rechnen.

Diese Gestaltung fügt sich auch in die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie ein. Diese gibt dem Käufer das Recht, vom Vertrag zurückzutreten, wenn der Verkäufer nicht innerhalb einer angemessenen Frist nachbessert bzw. Ersatz liefert. Das erlaubt es zwar, von dem Käufer die Setzung einer Frist zu verlangen. Diese Fristsetzung darf und soll nach dem Entwurf aber nicht zu einer Hürde werden, an der er aus formalen Gründen scheitert. Hieran wird sich die Auslegung und Anwendung der Vorschrift ausrichten müssen.

Nach dem bisherigen § 326 kann der Gläubiger nach erfolgter Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung bei Ausbleiben der Leistung nur noch Sekundäransprüche geltend machen, aber nicht mehr Erfüllung verlangen, § 326 Abs. 1 Satz 2 a. E.. Diese Regelung ist für den Gläubiger ungerecht. Er muss sich in der Sache bereits mit der Fristsetzung für die Sekundäransprüche und gegen den Leistungsanspruch entscheiden, ohne die dafür erforderliche Entscheidungsgrundlage zu haben. Er weiß nicht, wie es nach Ablauf der Frist um die Leistungsfähigkeit des Schuldners bestellt ist. Er kann nicht beurteilen, ob es nach Ablauf der Frist sinnvoll ist, den Schuldner auf Schadensersatz oder auf Erfüllung in Anspruch zu nehmen oder ob es geraten wäre, in diesem Fall vom Vertrag zurückzutreten. Deshalb sieht § 323 Abs. 1 RE hier eine Änderung vor. Der Gläubiger kann auch nach ergebnislosem Ablauf der Frist weiterhin Erfüllung verlangen. Erst mit der gestaltenden Wirkung der Rücktritts-

erklärung, die das Schuldverhältnis in ein Rückgewährschuldverhältnis umwandelt, erlischt der Anspruch auf die Leistung. Damit besteht auch insoweit – wie bereits zu § 281 Abs. 3 RE erörtert – eine Parallele zwischen dem Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung und dem Rücktritt.

Das bedeutet für den Schuldner eine gewisse Unsicherheit. Bis sich der Gläubiger entschieden hat, muss er sich sowohl auf Erfüllung als auch auf Sekundäransprüche einstellen. Um diese Unsicherheit etwas zu mildern, hatte die Schuldrechtskommission in § 323 Abs. 5 KE vorgeschlagen, dem Schuldner die Möglichkeit zu geben, den Gläubiger eine Frist zur Ausübung seiner Wahl zu setzen. Diese Frist würde allerdings nach den Vorstellungen der Schuldrechtskommission nicht zu einer Beschränkung der Wahlmöglichkeiten des Gläubigers, sondern lediglich dazu führen, dass der Gläubiger, der sein Wahlrecht nicht ausgeübt hat, nur zurücktreten kann, wenn er dem Schuldner eine erneute Frist zur Nacherfüllung gesetzt hat. Der Entwurf übernimmt dieses Modell wie auch schon den § 283 Abs. 4 KE zum Schadensersatz statt der Leistung nicht. Es führt letztlich nicht zu einer Entscheidung. Im Übrigen ist die Unsicherheit dem Schuldner auch zuzumuten. Er ist immerhin vertragsbrüchig und hat in der Rücktrittssituation auch regelmäßig eine Frist zur Nacherfüllung ergebnislos verstreichen lassen. Er muss es deshalb hinnehmen, dass der Gläubiger innerhalb eines gewissen Zeitraums zwischen den verschiedenen Rechtsbehelfen wählen kann. Ähnlich wie beim Schadensersatz ist diese Unsicherheit aber begrenzt. Ist der Gläubiger zurückgetreten, dann ist er – wie ausgeführt – an diese Wahl gebunden. Schließlich kann der Schuldner die Unsicherheit jederzeit dadurch beenden, dass er die geschuldete Leistung erbringt.

Zu Absatz 2

Die Fristsetzung ist sachlich gerechtfertigt und deshalb von § 323 Abs. 1 RE vorgesehen, wenn die Nacherfüllung möglich und der Schuldner grundsätzlich nacherfüllungsbereit ist. Es gibt allerdings Sondersituationen, in denen eine Fristsetzung trotz Nachholbarkeit der Leistung keinen Sinn macht. Diese Fälle werden in § 323 Abs. 2 RE aufgeführt. Sie decken sich im wesentlichen mit den Fällen, in denen nach § 281 Abs. 2 RE eine Fristsetzung auch beim Schadensersatz entbehrlich ist. Eine Abweichung liegt allein in § 323 Abs. 2 Nr. 2 RE, der beim Schadensersatz statt der Leistung gemäß § 281 RE keine Entsprechung hat.

Nach **Nummer 1** ist eine Fristsetzung entbehrlich, wenn der Schuldner die Leistung ernsthaft und endgültig verweigert hat. Die ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung ist auch in der Auslegung des bisherigen § 326 als Tatbestand anerkannt, in denen eine Fristsetzung

entbehrlich ist. Für die Qualifikation eines Verhaltens als ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung kann weiterhin auf die zu § 326 bzw. zur positiven Forderungsverletzung im Zusammenhang mit § 326 entwickelten Grundsätze zurückgegriffen werden. Die Einordnung der Erfüllungsverweigerung als positive Forderungsverletzung oder als Fall des geltenden § 326 wird künftig entbehrlich. Entsprechende Fälle sind auch bislang schon bei der Entbehrlichkeit der Mahnung anerkannt. Der Nummer 1 entspricht deshalb auch § 286 Abs. 2 Nr. 3 RE.

Nummer 2 regelt den Fall des einfachen Fixgeschäftes. Abweichend von dem bisherigen § 361, aber entsprechend § 376 HGB, wird jedoch nicht nur eine Auslegungsregel – „im Zweifel“ - formuliert, sondern ein gesetzliches Rücktrittsrecht wegen Pflichtverletzung durch Terminüberschreitung. Die Abweichung von der Regelung des Bürgerlichen Gesetzbuchs dürfte freilich gering sein, da auch das sofortige Rücktrittsrecht aus § 323 Abs. 2 Nr. 2 RE abdingbar ist, jedenfalls in Individualvereinbarungen. Die von der Rechtsprechung zur Bewertung einer Terminangabe als „fix“ im Sinne des bisherigen § 361 verwendete Formel, dass der Vertrag auf Grund der Terminvereinbarung mit der Einhaltung des Leistungstermins „stehen oder fallen“ sollte (RGZ 51, 347 ff.), wird im Entwurf mit der Formulierung festgeschrieben, dass „der andere Teil im Vertrag den Fortbestand seines Erfüllungsinteresses an die Rechtzeitigkeit der Erfüllung gebunden hat“. Nach der Rechtsprechung zu den geltenden §§ 361 BGB, 376 HGB muss sich diese Bindung des Erfüllungsinteresses an die Einhaltung eines bestimmten Termins aus dem Vertrag oder aus den objektiven Umständen ergeben (vgl. RGZ aaO „Eine ausdrückliche dahin gehende Vereinbarung ... (oder) aus den Umständen ein Wille in diesem Sinne ...“; vgl. auch BGH, NJW-RR 1989, 1373; BGH, NJW 1990, 2065, 2067). Bei dieser Vorschrift wird davon ausgegangen, dass durch die Bindung des Leistungsinteresses an die Rechtzeitigkeit der Leistung „im Vertrag“ auch hinreichend deutlich ist, dass die entscheidenden Umstände für den Schuldner bekannt sein müssen.

Nummer 3 ist als Auffangtatbestand für die in Nr. 1 und 2 nicht erfassten Fälle konzipiert und soll den Gerichten entsprechende Bewertungsspielräume geben. Er deckt auch die bisher in § 326 Abs. 2 geregelten Fälle, soweit nicht das besondere Interesse durch Bestimmung eines Liefertermins oder einer Lieferfrist bereits im Vertrag so herausgehoben worden ist, dass von einem Fixgeschäft ausgegangen werden kann. Allerdings dürfte in den Fällen der bisherigen § 326 Abs. 2 und § 634 Abs. 2 das Interesse des verletzten Gläubigers im Vordergrund stehen. Wird der verspätet gelieferte Dünger für die Feldbestellung unverwendbar (vgl. RG, JW 1920, 47), Saisonware unverkäuflich (BGH LM § 326 (Ed) Nr. 3), ein Exportgeschäft undurchführbar, weil der ausländische Käufer wegen des Lieferverzugs keine Importlizenz

mehr bekommen kann (BGH, WM 1957, 1342, 1343 f.), dann wird der Interessewegfall wohl ohne Rücksicht auf die Interessen des säumigen Teils festzustellen sein.

Gewöhnlich werden die Umstände, die eine Fristsetzung nach Abs. 2 entbehrlich machen, gegeben sein, bevor der Gläubiger eine Frist setzt. Es ist allerdings auch möglich, dass der Gläubiger zunächst eine Frist setzt, dann aber beispielsweise der Schuldner die Leistung endgültig und ernsthaft verweigert. Es ist erwogen worden, dies ausdrücklich in dem Sinne zu regeln, dass der Gläubiger dann ungeachtet der noch laufenden Frist sofort zurücktreten kann. Im Entwurf wird von einer Regelung indes abgesehen, weil diese Rechtsfolge selbstverständlich ist.

Zu Absatz 3

Nach dem Wortlaut des geltenden Rechts hätte der Gläubiger in dem Fall, dass vor Fälligkeit eine unbehebbare Leistungshinderung droht oder der Schuldner unmissverständlich und endgültig Leistungsweigerung ankündigt, an sich keine Möglichkeit zum Rücktritt, da eine zu vertretende Verletzung der fraglichen Leistungspflicht noch nicht vorliegt. Um ein unzumutbares Abwarten des Fälligkeitszeitpunktes in solchen Situationen vermeiden zu können, gestatten Rechtsprechung und Literatur seit langem den Rücktritt auch schon vor Fälligkeit. Die dogmatische Grundlage der Rechtsbehelfe bei diesem sog. vorweggenommenen Vertragsbruch ist streitig; überwiegend wird - vor allem im Fall der ernsthaften Erfüllungsweigerung - darin eine positive Forderungsverletzung gesehen. Das Ergebnis entspricht der Regelung in den einheitlichen Kaufrechten - früher Artikel 76 EKG, jetzt Artikel 72 Abs. 1 UN-Kaufrecht.

Zu Absatz 4

Zu Satz 1

Absatz 4 Satz 1 regelt den Fall, dass der Schuldner einer teilbaren Leistung nicht mit der ganzen Leistung, sondern lediglich mit einzelnen Teilen säumig geblieben ist. In einem solchen Fall kann der Gläubiger nicht auf die Alternative beschränkt sein, entweder den Vertrag ganz aufzuheben oder den Vertrag ganz durchzuführen. Oft ist es die sinnvollere Lösung, den Vertrag auf die durchführbaren oder durchgeführten Teile zu beschränken. Bei Sukzessivlieferungsverträgen ist eine solche Beschränkung bzw. Beschränkbarkeit des Rücktritts anerkannte Regel. Andererseits kann es auch Fälle geben, in denen dem Gläubiger eine Beschränkung auf die teilweise Durchführung des Vertrags nicht zugemutet werden kann.

Der Regelung dieser Fälle dient § 323 Abs. 4 Satz 1 RE. Dabei stellt sich die Frage, ob die Leistung von einzelnen Teilen einer teilbaren Leistung zu einer Minderung der Gegenleistung führen oder ob die Möglichkeit eines Teilrücktritts eröffnet werden soll. Minderung wegen einer nur teilweisen Leistungsstörung hätte der Regelung des § 323 Abs. 1 Halbsatz 2 des geltenden Rechts, Rücktritt vom ganzen Vertrag oder nur vom gestörten Teil je nach Ausmaß der Interesseverletzung hätte der Regelung der §§ 325 Abs. 1 Satz 2, 326 Abs. 1 Satz 3 des geltenden Rechts sowie der grundsätzlichen Wertung bei der Störung einzelner Raten in Sukzessivlieferungsverträgen entsprochen. Der Entwurf hat sich für den Grundsatz des Teilrücktritts entschieden, wobei durch die Einführung des Wortes „nur“ deutlich gemacht wird, dass grundsätzlich bei Teilstörungen auch nur Teilrücktritt möglich sein soll. Wenn der Gläubiger an der möglichen bzw. bereits erbrachten Teilleistung auf Grund der Störung einer oder mehrerer anderer Teilleistungen oder Leistungsteile kein Interesse mehr hat, kann er vom ganzen Vertrag zurücktreten. Das entspricht den bisherigen §§ 325 Abs. 1 Satz 2, 326 Abs. 1 Satz 3.

Zu Satz 2

Während Absatz 4 Satz 1 sich auf die teilweise Nichterfüllung bezieht, damit die Teilbarkeit der Leistung und die Begrenzung der Leistungsstörung auf einen bestimmten Leistungsteil voraussetzt, betrifft Absatz 4 Satz 2 die Schlechtleistung. Hier ergibt sich eine vergleichbare Fragestellung. Auch in diesem Fall ist die Leistung nicht vollständig ausgeblieben. Sie ist aber auch nicht vertragsgemäß. Es stellt sich daher die Frage, welche Rechte dem Gläubiger zustehen sollen, wenn die Leistung schlecht, also zum Beispiel die gekaufte und gelieferte Sache mangelhaft ist und der Verkäufer nicht nacherfüllt. Die Schuldrechtskommission hatte für solche Fälle eine unterschiedliche Behandlung je nach dem vorgeschlagen, ob der Mangel die ganze Leistung erfasst oder nur einzelne Teile hiervon. Im ersteren Fall sollte nach § 323 Abs. 1 Satz 1 KE der Rücktritt vom ganzen Vertrag ohne Weiteres nach erfolgloser Fristsetzung möglich sein. Im zweiten Fall hingegen nach § 323 Abs. 1 Satz 3 KE nur, wenn der Gläubiger an der teilweise mangelhaften Leistung kein Interesse mehr hat. Diesem Modell folgt der Entwurf nicht. Man wird zwar gelegentlich unterscheiden können, ob ein Mangel die ganze Leistung erfasst oder nur einzelne Teile hiervon. In aller Regel wird aber die teilweise von der vollständig schlechten Leistung kaum abgrenzbar sein.

Es besteht in diesen Fällen gewöhnlich auch kein Grund, den Gläubiger am Vertrag teilweise festzuhalten, wenn die Leistung Mängel aufweist. Dies ist nur gerechtfertigt, wenn die Pflichtverletzung unerheblich und damit das Leistungsinteresse des Gläubigers im Grunde

nicht gestört ist. § 323 Abs. 1 in Verbindung mit Absatz 4 Satz 2 RE schreibt deshalb vor, dass der Gläubiger bei Schlechtleistung des Schuldners nach erfolgloser Fristsetzung grundsätzlich auch vom ganzen Vertrag soll zurücktreten können. Dies gilt nur dann nicht, wenn die Pflichtverletzung unerheblich ist. Bei einer unerheblichen Pflichtverletzung kann der Gläubiger dann gar nicht vom Vertrag zurücktreten, also weder vom ganzen Vertrag noch von Teilen desselben.

Gerade in dem praktisch wichtigen Fall des Kaufvertrags kann eine hinreichend klare Abgrenzung zwischen § 323 Abs. 4 Satz 1 und 2 RE allerdings auf Schwierigkeiten stoßen, weil sich gerade hier die Leistungsdefizite ähneln. So macht es für den Käufer kaum einen Unterschied, ob ihm von den gekauften 100 Flaschen Wein nur 90 geliefert werden, oder ob er zwar 100 Flaschen erhält, von denen aber in 10 Flaschen sich statt des erwarteten Weins nur noch eine Art Essig befindet, weil der Korkverschluss undicht war. In beiden Fällen erhält er nur 90 brauchbare Flaschen. Deshalb enthält im Kaufrecht § 434 Abs. 3 RE eine Sonderregelung, die den Begriff des Sachmangels auch auf die Lieferung einer anderen als die gekaufte oder einer zu geringen Menge erstreckt. Das hat auch Auswirkungen auf das Rücktrittsrecht: Wegen der einheitlichen Behandlung derartiger Fälle im Kaufrecht richtet sich die Rücktrittsmöglichkeit des Käufers wegen eines Sachmangels stets nach § 437 Nr. 2 Fall 1 in Verbindung mit § 323 Abs. 4 Satz 2 RE. § 323 Abs. 4 Satz 1 RE ist beim Kaufvertrag deshalb insoweit nicht anwendbar, als ein Sachmangel im Sinne des § 434 RE vorliegt.

Zu Absatz 5

Absatz 5 betrifft die Verantwortung des Gläubigers für die Pflichtverletzung. Im geltenden Recht bleibt der von einer Leistungsstörung des Schuldners betroffene Gläubiger an den Vertrag gebunden - und zur Erbringung seiner eigenen Leistung verpflichtet -, wenn er die Unmöglichkeit der Leistung durch den Schuldner zu vertreten hat, bisheriger § 324 Abs. 1 Satz 1. Der Entwurf verallgemeinert und erweitert diese Lösung, die für den Sonderfall der Unmöglichkeit in § 326 Abs. 2 Satz 1 RE übernommen wird. Die Gläubigerverantwortung sollte auch dann, wenn die Nichtleistung des Schuldners auf anderen Umständen als den in § 275 RE genannten beruht, nicht unberücksichtigt bleiben.

§ 323 Abs. 5 RE nimmt dem Gläubiger das Rücktrittsrecht in den Fällen, in denen er für den Rücktrittsgrund allein oder doch jedenfalls weit überwiegend verantwortlich ist sowie dann, wenn der Gläubiger sich in Annahmeverzug befindet und ihm deshalb das Risiko einer ausbleibenden Leistung zugewiesen werden muss. Bei dem Schadensersatzanspruch statt der Leistung kann die Mitverantwortung des Gläubigers über eine Kürzung des Anspruchs ge-

mäß § 254 angemessen berücksichtigt werden. Bei dem Gestaltungsrecht „Rücktritt“ ist dies nicht ohne Weiteres möglich. Hier gibt es nur die Möglichkeit, das Rücktrittsrecht insgesamt auszuschließen und den Gläubiger so an dem Vertrag und auch an der Verpflichtung zur Erbringung der Gegenleistung festzuhalten. Diese Folge sieht der Entwurf, anders als die Vorschläge der Schuldrechtskommission in § 323 Abs. 3 Nr. 3 KE, allerdings nicht schon bei einer „überwiegenden“ Mitverantwortung des Gläubigers als gerechtfertigt an. Vielmehr muss der Gläubiger zumindest „weit“ überwiegend für die Entstehung des Rücktrittsgrundes mit verantwortlich sein. Damit soll ein Grad der Mitverantwortung umschrieben werden, der über § 254 auch einen Schadensersatzanspruch ausschließen würde. Damit werden auch insoweit der Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung und das Rücktrittsrecht gleich behandelt.

Absatz 5 bezieht sodann den Fall mit ein, dass der nicht vom Schuldner zu vertretende, den Gläubiger an sich zum Rücktritt berechtigende Umstand im Annahmeverzug des Gläubigers eingetreten ist. Damit wird der Gedanke des bisherigen § 324 Abs. 2 auch für die Fälle außerhalb der Unmöglichkeit übernommen und mit dem Annahmeverzug dem Gläubiger die Gegenleistungsgefahr auch insoweit auferlegt.

Zu § 324 – Rücktritt wegen Verletzung einer sonstigen Pflicht

§ 324 RE regelt den Fall, dass zwar nicht die Leistung nicht oder schlecht erbracht wird, der Schuldner aber sonstige Pflichten verletzt. Dabei handelt es sich um dieselben Pflichten, die § 282 RE für den Schadensersatz statt der Leistung anspricht und die in der Begründung zu dieser Vorschrift bereits erläutert wurden. Auch für den Rücktritt wegen der Verletzung einer Nebenpflicht sollen dieselben gesteigerten Voraussetzungen gelten wie für den Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung. § 324 RE entspricht deshalb § 282 RE. Auch die Schuldrechtskommission hatte bereits in ganz ähnlicher Weise für Nebenpflichtverletzungen einen Ausschlussgrund für den Rücktritt in § 323 Abs. 3 Nr. 2 KE vorgesehen.

Auch hier war zu berücksichtigen, dass derartige Pflichtverletzungen durch den Schuldner auch vom Gläubiger weit oder überwiegend zu vertreten sein können. In einer solchen Lage muss auch der Rücktritt nach § 324 RE ausgeschlossen sein. Dies bestimmt Satz 2 unter Verweis auf § 323 Abs. 5 RE.

Zu § 325 – Schadensersatz und Rücktritt

Nach geltendem Recht muss der Gläubiger nach den §§ 325, 326, aber auch beim Fehlen zugesicherter Eigenschaften oder bei Werkmängeln zwischen Aufhebung des Vertrags (Rücktritt, Wandelung) und Schadensersatz wählen. Im Reisevertragsrecht kann dagegen wegen eines zu vertretenden Reisemangels neben der Aufhebung durch Kündigung Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangt werden, § 651f Abs. 1. Die Alternativität von Schadensersatz und Rücktritt wird überwiegend als unbefriedigend bewertet, wenngleich eine Kombination der Rücktrittsfolgen mit Schadensersatz wegen Nichterfüllung in den Fällen der derzeitigen §§ 325, 326 im Ergebnis immer dann eintritt, wenn der Gläubiger sich für den Schadensersatzanspruch entscheidet und seinen Schaden nach der Differenzmethode berechnet. Er kann das jedenfalls dann tun, wenn er seine eigene Leistung noch nicht erbracht hat (s. MünchKomm/Emmerich § 325 Rdn. 40 ff., 45).

Eine Kombination von Vertragsaufhebung und Schadensersatz wird im praktischen Ergebnis aber auch dann erreicht, wenn der Gläubiger vorgeleistet hat und seine Leistungen in einer Geldzahlung bestanden sowie nach h. A. auch dann, wenn der Gläubiger eine Sachleistung erbracht hat, die noch nicht in das Eigentum des Schuldners übergegangen ist und deshalb ohne Rücktritt zurückverlangt werden kann (vgl. zu diesen Kombinationsfällen Huber, Gutachten S. 714 m. w. N.). Auch die neben der Wandelung zu ersetzenden „Vertragskosten" bedeuten eine teilweise Kumulierung von Rücktritt und Schadensersatz. Verlangt der Käufer nach den bisherigen §§ 463, 480 Abs. 2 den großen Schadensersatz und gibt dazu die Sache zurück, dann werden ebenfalls effektiv Wandelung und Schadensersatz kombiniert.

Schwierigkeiten bereiten deshalb vor allem die Fälle, in denen der Gläubiger voreilig Rücktritt erklärt hat. Die Rechtsprechung hilft, indem sie großzügig solche Erklärungen als Schadensersatzverlangen deutet (vgl. BGH, NJW 1988, 2878). Die einheitlichen Kaufrechte lassen Kumulierung von Vertragsaufhebung und Schadensersatz uneingeschränkt zu (vgl. z. B. Artikel 75, 76 UN-Kaufrecht). Auch die meisten ausländischen Rechte sehen insoweit keine Schwierigkeiten (vgl. Treitel, International Encyclopedia of Comparative Law, Vol. VII, Chap. 16 No. 183 ff., 184); im amerikanischen Recht, wo die angenommene logische Unvereinbarkeit von Vertragsauflösung und Schadensersatz einen gewissen Einfluss hatte, darf sie heute als aufgegeben gelten (vgl. Treitel aaO sowie Artikel 2 §§ 703, 711 1, 721 des amerikanischen Uniform Commercial Code).

Dieses Ergebnis des geltenden Rechts ist nicht sachgemäß. Es ist nicht einsichtig, weshalb der Gläubiger nur bei der Wahl des Schadensersatzes die Rechtsfolgen beider Rechtsbehelfe soll kombinieren können, weshalb das aber nicht auch bei der Wahl von Rücktritt möglich sein soll. Entsprechend einem Vorschlag der Schuldrechtskommission in §§ 280 Abs. 2, 327 KE soll deshalb die sog. Alternativität zwischen Rücktritt und Schadensersatz aufgegeben werden. Auf diese Aussage beschränkt sich § 325 RE im Gegensatz zu § 327 KE. Dieser hatte demgegenüber zusätzlich vorgeschrieben, dass der Gläubiger ohne Weiteres nur einfachen Schadensersatz und Schadensersatz statt der ausgebliebenen Leistung mit dem Rücktritt sollte verbinden können. Schadensersatz „wegen Nichtausführung des Vertrags" sollte der Gläubiger demgegenüber nur verlangen können, wenn er zuvor zurückgetreten war. Diese Regelungstechnik lag darin begründet, dass die Tatbestände für den Schadensersatz statt der Leistung einerseits und den Rücktritt vom Vertrag andererseits nicht deckungsgleich waren. Mit den §§ 281 und 282 RE einerseits und den §§ 323 und 324 RE andererseits wird dieser Gleichklang aber hergestellt, so dass es nicht mehr erforderlich ist, für den Schadensersatz statt der ganzen Leistung den vorherigen Rücktritt zu verlangen.

Zu § 326 – Gegenleistung beim Ausschluss der Leistungspflicht

Zu Absatz 1

Zu Satz 1

Absatz 1 regelt das Schicksal der Gegenleistung, wenn der Schuldner nach § 275 RE nicht zu leisten braucht. Die Schuldrechtskommission hatte diesen Fall nicht besonders behandelt und dem allgemeinen Tatbestand des § 323 KE unterstellt. Der Gläubiger sollte danach zwar keine Frist setzen müssen, weil bei Unmöglichkeit offensichtlich ist, dass sie nicht zum Erfolg führt, § 323 Abs. 2 Nr. 1 KE. Er sollte aber nach diesem Vorschlag nicht kraft Gesetzes von der Gegenleistung befreit sein, sondern sollte nur vom Vertrag zurücktreten können.

Diese Konstruktion ist vielfach als zu umständlich und nicht sachgerecht kritisiert worden. Es soll deshalb in dem Fall, in dem der Schuldner nach § 275 RE entweder wegen Unmöglichkeit nach Absatz 1 oder wegen Erhebens der Einrede nach Absatz 2 nicht zu leisten braucht, die Gegenleistung nach § 326 RE kraft Gesetzes entfallen. § 326 RE entspricht mit leichten Anpassungen an die veränderte Konzeption des § 275 RE dem bisherigen § 323 unter Einbeziehung des bisherigen § 324. Damit entfällt kraft Gesetzes die Pflicht zur Gegenleistung zwar auch dann, wenn dem Anspruch nur eine Einrede aus § 275 Abs. 2 entgegensteht. Voraussetzung ist aber jedenfalls, dass der Schuldner diese Einrede auch erhoben hat. Nur

dann „braucht“ der Schuldner nicht zu leisten. In diesem Fall steht fest, dass der Anspruch auf die Leistung nicht durchsetzbar ist; der Unterschied zu den Wirkungen der Einwendung aus § 275 Abs. 1 RE ist nur theoretischer Natur. Deshalb ist auch in diesem Fall ein Entfallen der Gegenleistungspflicht kraft Gesetzes und nicht etwa nur auf Einrede des Gläubigers gerechtfertigt.

Zu Satz 2

Absatz 1 Satz 1 gilt nicht nur dann, wenn der Schuldner von der ganzen Primärleistung befreit ist und der Gläubiger deshalb die ganze Gegenleistung nicht zu erbringen braucht. Absatz 1 Satz 1 gilt vielmehr auch dann, wenn sich das Leistungshindernis nur auf einen Teil der geschuldeten Leistung bezieht. In diesem Fall wird der Gläubiger teilweise von der Gegenleistung frei. Absatz 1 Satz 2 Halbsatz 1 behandelt diesen Fall ähnlich wie die Minderung im Kauf und verweist deshalb für die Berechnung des Umfangs, in dem der Gläubiger nach Abs. 1 Satz 1 teilweise von der Gegenleistung frei wird, auf die Vorschriften über die Berechnung der Minderung in § 441 Abs. 3 RE. Das entspricht dem bisherigen § 323 Abs. 1 letzter Halbsatz. Erfasst ist – ebenso wie in dem bisherigen § 323 Abs. 1 und wie in § 323 Abs. 4 Satz 1 RE – nur die teilbare Leistung.

Dieses Ergebnis kann bei der Teilunmöglichkeit durchaus der Interessenlage des Gläubigers gerecht werden. Es gibt aber auch Fälle, in denen der Gläubiger wegen der teilweisen Befreiung des Schuldners von der Primärleistung an der ganzen Leistung kein Interesse mehr hat. Für diesen Fall bestimmt § 326 Abs.1 Satz 2 Halbsatz 2 RE, dass der Gläubiger vom ganzen Vertrag zurücktreten kann, wenn er an der Leistung kein Interesse mehr hat. Dieser Fall ist von § 323 Abs. 4 Satz 1 RE nicht erfasst, weil dort die Möglichkeit der Leistung vorausgesetzt wird.

Nach den Regeln der Teilunmöglichkeit ist auch die vorübergehende Unmöglichkeit abzuwickeln. Sie ist gewissermaßen „Teilunmöglichkeit in der Zeit“. Das bedeutet, dass der Gläubiger während der Dauer der Unmöglichkeit kraft Gesetzes gemäß § 326 Abs. 1 Satz 1 von der Gegenleistung befreit ist. Er kann aber auch vom ganzen Vertrag zurücktreten. Diese Frage wird sich etwa dann stellen, wenn die Dauer der vorübergehenden Unmöglichkeit oder ihr Ende überhaupt nicht abzusehen sind. Voraussetzung ist in diesem Fall, dass das Interesse des Gläubigers an der ganzen Leistung fortgefallen ist. Dies wird um so leichter darzulegen sein, je ungewisser das Wiedermöglichwerden der Leistung ist.

Zu Satz 3

Diese Überlegung lässt sich nicht ohne weiteres auf den Fall der Schlechtleistung übertragen, wenn die Nacherfüllung unmöglich ist. Dem Wortlaut des § 326 Abs. 1 Satz 1 RE könnte zu entnehmen sein, dass sich auch in diesem Fall der Wert der Gegenleistung im Umfang der Unmöglichkeit kraft Gesetzes mindert. § 326 Abs. 1 Satz 3 RE stellt indes klar, dass dies nicht zutrifft, und bestimmt, dass in einem solchen Fall § 323 RE mit der Maßgabe entsprechend anzuwenden ist, dass eine Fristsetzung entbehrlich ist, weil ja von vornherein feststeht, dass eine Nacherfüllung keinen Erfolg haben kann. Das bedeutet, dass der Gläubiger bei einer irreparablen Schlechtleistung nicht kraft Gesetzes von der Leistung frei wird, sondern das Recht erhält, vom Vertrag zurückzutreten. Der Anwendungsbereich des § 326 Abs. 1 RE deckt sich deshalb mit dem des bisherigen § 323 Abs. 1, der ebenfalls mit „teilweiser Unmöglichkeit" in seinem letzten Halbsatz nicht die Schlechtleistung meint (Palandt/Heinrichs, § 323 Rdn. 9).

Andernfalls ergäbe sich die Folge, dass ein Minderungsrecht zwar allgemein nicht geregelt wird, sich dieselben Rechtsfolgen aber aus § 326 RE herleiten ließen. Das sollte vermieden werden. Bei der Schlechtleistung käme es sonst für die Frage einer Minderung kraft Gesetzes auf den für den Gläubiger nicht ohne Weiteres erkennbaren und für die Befriedigung seines Leistungsinteresses unerheblichen Umstand an, ob das Leistungsdefizit bei einer Schlechtleistung noch behoben werden kann oder nicht. Es würden sich dann auch Wertungswidersprüche zu den Vertragstypen ergeben, bei denen ein Minderungsrecht ausdrücklich vorgesehen ist, wie vor allem beim Kauf. Hier ist die Minderung ein Gestaltungsrecht und kann nur anstelle des Rücktritts ausgeübt werden, tritt aber nicht kraft Gesetzes neben ein Rücktrittsrecht. Es kann aber für die Rechte des Käufers keinen Unterschied machen, ob eine Nacherfüllung deshalb fehlschlägt, weil der Verkäufer aus Nachlässigkeit eine ordnungsgemäße Reparatur des verkauften PKW nicht erreicht oder ob das Ausbleiben des Leistungserfolgs daran liegt, dass eine Reparatur von vornherein nicht möglich ist.

Der Gläubiger kann deshalb bei einer Schlechtleistung stets nur nach § 326 Abs. 1 Satz 3 in Verbindung mit § 323 RE zurücktreten; eine Minderung der Gegenleistung kraft Gesetzes tritt nach § 326 Abs. 1 Satz 1 RE nicht ein. Für dieses Rücktrittsrecht gilt dann auch die Erheblichkeitsschwelle des § 323 Abs. 4 Satz 2 RE.

Zu Absatz 2

§ 326 Abs. 2 RE übernimmt mit leichten Umformulierungen den bisherigen § 324.

Zu Absatz 3

Absatz 3 entspricht inhaltlich dem bisherigen § 323 Abs. 2.

Zu Absatz 4

Ist die Gegenleistung bewirkt, obwohl der Gläubiger von der Gegenleistung frei geworden ist, so muss diese erstattet werden. Hierfür soll – anders als nach dem bisherigen § 323 Abs. 3 – nicht das Bereicherungsrecht, sondern das Rücktrittsrecht maßgeblich sein, das generell besser auf die Rückabwicklung fehlgeschlagener Verträge zugeschnitten ist.

Zu Nummer 16 – Aufhebung des § 327

Der die Folgen des gesetzlichen Rücktrittsrechts nach den geltenden § 325 und 326 regelnde § 327 wird mit der Aufhebung dieser Vorschriften entbehrlich. Die Durchführung des Rücktritts soll sich nun einheitlich sowohl für das vertraglich vereinbarte als auch für das gesetzliche Rücktrittsrecht nach den neu gestalteten §§ 346 ff. richten. Auf die Begründung zu der Neufassung dieser Vorschriften kann an dieser Stelle Bezug genommen werden.

Zu Nummer 17 – Einfügung einer Überschrift für Buch 2, bisheriger Abschnitt 2, Titel 5

Die Ergänzung der bisher nur den Rücktritt nennenden Titelüberschrift um das „Widerrufs- und Rückgaberecht bei Verbraucherverträgen" beruht auf der Einfügung des neuen Untertitels 2 (§§ 355 bis 360).

Zu Nummer 18 – Einfügung einer Überschrift für Untertitel 1

Wegen der zu Nummer 17 genannten Einfügung eines neuen Untertitels werden die bisherigen Vorschriften über den Rücktritt zu einem neuen Untertitel 1.

Zu Nummer 19 – Neufassung der §§ 346 und 347

Zu § 346 – Wirkungen des Rücktritts

Vorbemerkung

Der Rücktritt hat das Ziel, die vor dem Vertragsschluss bestehende Rechtslage wiederherzustellen. Er lässt die durch den Vertrag begründeten primären Leistungspflichten, soweit sie nicht erfüllt sind, erlöschen (Befreiungswirkung) und begründet zugleich für beide Vertragsteile eine Pflicht zur Rückgewähr der empfangenen Leistungen. Einer näheren Regelung bedürfen insbesondere vier Problemkreise:

Das Rücktrittsrecht kann sich aus vertraglicher Abrede oder aus einer Pflichtverletzung der Parteien ergeben. Für letzteres hat sich - trotz der vertraglichen Grundlage - die Bezeichnung gesetzliches Rücktrittsrecht in Rechtsprechung und Literatur durchgesetzt. Problematisch ist, ob für beide Fälle des Rücktritts eine - für Differenzierungen offene - Einheitsregelung sachgerecht ist oder ob eine Lösung den Vorzug verdient, die die Durchführung des Rücktritts für beide Fälle eigenständig konzipiert und ordnet.

Das Ziel des Rücktritts, die vor dem Vertragsschluss bestehende Rechtslage wiederherzustellen, kann nicht erreicht werden, wenn die empfangene Sache untergegangen, wesentlich verschlechtert, verbraucht, verarbeitet oder veräußert worden ist. Fraglich ist, wie sich diese Unmöglichkeit der Rückgewähr der empfangenen Leistung auf das Rücktrittsrecht auswirken soll. Soll das Rücktrittsrecht schlechthin entfallen oder soll es in allen Fällen weiterbestehen? Oder soll nach dem Grund der Unmöglichkeit der Rückgewähr unterschieden werden? Wo ist, wenn man eine differenzierte Lösung befürwortet, die Grenze zwischen Rücktrittsausschluss und Weiterbestehen des Rücktrittsrechts zu ziehen?

Zu entscheiden ist weiter, unter welchen Voraussetzungen der Rückgewährschuldner, der die empfangene Sache nicht oder nur verschlechtert herausgeben kann, Schadens- oder Wertersatz zu leisten hat. Soweit ein derartiger Sachverhalt zum Ausschluss des Rücktrittsrechts führt, bedarf es allerdings keiner Regelung über eine Schadensersatz- oder Wertersatzpflicht. Sie ist aber erforderlich, wenn die Störung der Rückabwicklung beim Rücktrittsgegner aufritt, darüber hinaus auch für Störungen beim Rücktrittsberechtigten, soweit eine das Rücktrittsrecht ausschließende Regelung fehlt.

Die Regelung des Rücktrittsausschlusses und der Schadens- und Wertersatzpflicht betrifft zugleich die Grundsatzfrage der Gefahrtragung. Störungen in der Rückabwicklung der beiderseitigen Leistungen beruhen in der Regel auf Ereignissen, die zu einer Zeit eintreten, zu der die Gefahr des zufälligen Untergangs oder der zufälligen Verschlechterung bereits nach den bisherigen § 446 oder § 644 auf den Rückgewährschuldner übergegangen war. Soll dieser Gefahrübergang auch im Fall des Rücktritts Bestand haben? Oder soll die Gefahr zum anderen Teil, in der Regel zu dem Verkäufer oder Unternehmer, zurückspringen?

Die Befreiungswirkung des Rücktritts ist bislang im Gesetz nicht geregelt; eine Regelung der Rückgewährpflicht nach erklärtem Rücktritt findet sich derzeit in § 346 Satz 1. Im Übrigen gilt zu den vier genannten Problemkreisen nach geltendem Recht Folgendes:

Das geltende Recht unterscheidet zwischen vertraglich vereinbartem und gesetzlichem Rücktrittsrecht. Die bisherigen §§ 346 bis 359 gelten unmittelbar nur für das vertragliche Rücktrittsrecht. Auf die gesetzlichen Rücktrittsrechte und die Wandelung finden die bisherigen §§ 346 ff. entsprechende Anwendung (vgl. bisher §§ 327, 636, 467, 634 Abs. 4). Dies wird aber bisher durch §§ 327 Satz 2 und 467 modifiziert. Der bisherige § 327 Satz 2 bestimmt nach seinem Wortlaut, dass der Rücktrittsgegner nur nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung haftet, wenn er den Rücktrittsgrund nicht zu vertreten hat. Der bisherige § 467 legt fest, dass die Verarbeitung oder Umbildung der Sache die Wandelung nicht ausschließt, wenn sich der Sachmangel erst während der Umgestaltung zeigt, er räumt dem Käufer außerdem einen Anspruch auf Ersatz der Vertragskosten ein. Soweit das Gesetz derzeit Rücktrittsrechte vorsieht, ohne auf die §§ 346 ff. zu verweisen, wendet die Rechtsprechung in der Regel auf die Rückabwicklung Bereicherungsrecht an (vgl. RGZ 116, 377, 379 zu einer Verordnung vom 29. Oktober 1923; BGHZ 6, 227, 230 zu § 20 UmstG).

Der Rücktritt wird derzeit bisher nach § 350 nicht dadurch ausgeschlossen, dass der vom Rücktrittsberechtigten empfangene Gegenstand durch Zufall untergegangen ist. Dabei stehen wesentliche Verschlechterungen oder eine auf Zufall beruhende sonstige Unmöglichkeit der Rückgewähr dem Untergang gleich (Palandt/Heinrichs, § 350 Rdn. 1 f.). Dagegen ist der Rücktritt nach dem bisherigen § 351 ausgeschlossen, wenn der Rücktrittsberechtigte den Untergang, eine wesentliche Verschlechterung oder eine sonstige Unmöglichkeit der Rückgewähr des empfangenen Gegenstandes verschuldet hat. Dem steht es nach den bisherigen §§ 352 und 353 gleich, wenn die Rückgewähr der empfangenen Sache daran scheitert, dass der Rücktrittsberechtigte sie verarbeitet, umgebildet, veräußert oder belastet hat. Die Wandelung ist im Fall des bisherigen § 352 jedoch nicht ausgeschlossen, wenn sich der Mangel erst bei der Umgestaltung gezeigt hat (§ 467). Eine von den bisherigen §§ 350 bis 353 abweichende Regelung hatte der Gesetzgeber in § 7 Abs. 4 VerbrKrG, § 3 Abs. 1 Satz 2 HTWG und § 13a Abs. 3 UWG getroffen, die inzwischen durch das Fernabsatzgesetz vom 27. Juni 2000 (BGBl. I S. 897) aufgehoben bzw. geändert worden sind. Seit dem Inkrafttreten dieses Gesetzes am 30. Juni 2000 und in Ansehung des Verbraucherkreditgesetzes und des Gesetzes über den Widerruf von Haustürgeschäften und ähnlichen Geschäften am 1. Oktober 2000 finden sich die Regelungen für die Rückabwicklung von Verbraucherverträgen nach

Widerruf bzw. Rückgabe in den §§ 361a und 361b (= jetzt §§ 355 ff. RE). Danach bleibt ein einem Verbraucher gesetzlich eingeräumtes Widerrufsrecht auch dann bestehen, wenn die Unmöglichkeit, den empfangenen Gegenstand zurückzugewähren, vom Berechtigten zu vertreten ist. Das Gesetz legt ihm dafür eine Wertersatzpflicht auf.

Der bisherige § 346 Satz 2 sieht eine Wertersatzpflicht für geleistete Dienste und die Überlassung der Benutzung einer Sache vor. Die Wertersatzpflicht besteht ebenso wie die Rückgewährpflicht nach dem bisherigen § 346 Satz 1 auch dann, wenn der Rückgewährschuldner nicht mehr bereichert ist (BGHZ 77, 310, 320; 85, 50, 59). Für den Fall des gesetzlichen Rücktrittsrechts wird - wie bereits dargelegt - abweichend hiervon in dem bisherigen § 327 Satz 2 bestimmt, dass der Rücktrittsgegner, der den Rücktrittsgrund nicht zu vertreten hat, nur nach Bereicherungsrecht haftet. Die in ihrem Anwendungsbereich enge Wertersatzregelung des derzeitigen § 346 Satz 2 wird ergänzt durch die Schadensersatzregelung des derzeitigen § 347 Satz 1. Diese Vorschrift bestimmt, dass sich die Haftung des Rückgewährschuldners für die Unmöglichkeit der Rückgewähr und für Verschlechterungen der zurückzugewährenden Sache vom Empfang der Leistung an nach den Vorschriften richten, die im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis für die Zeit ab Rechtshängigkeit gelten. Der bisher in § 347 Satz 1 in Bezug genommene § 989 macht die Schadensersatzpflicht von einem Verschulden abhängig. Zu berücksichtigen ist im Übrigen, dass im Anwendungsbereich des derzeitigen § 347 Satz 1 zwischen dem Rücktrittsgegner und dem Rücktrittsberechtigten unterschieden werden muss. Ist der Rücktrittsgegner zur Rückgewähr außerstande oder kann er den empfangenen Gegenstand nur verschlechtert herausgeben, richtet sich seine Haftung derzeit immer nach §§ 347 Satz 1, 989. Für den Rücktrittsberechtigten gilt dagegen bis zum Rücktritt in erster Linie die Regelung der bisherigen §§ 351 bis 353, die bei verschuldeter Unmöglichkeit der Rückgewähr oder verschuldeter wesentlicher Verschlechterung des zurückzugewährenden Gegenstandes das Rücktrittsrecht ausschließt. Erst nach der Rücktrittserklärung wird § 347 Satz 1 auf den Rücktrittsberechtigten anwendbar, vorher gilt er beim Rücktrittsberechtigten nur für unwesentliche Verschlechterungen.

Eine vom bisherigen § 347 Satz 1 abweichende Regelung gilt, wenn der Widerrufsberechtigte von seinem Widerrufsrecht aus den bisherigen §§ 7 VerbrKrG, 1 HTWG Gebrauch macht. Der Berechtigte hat in Fällen, in denen er die Unmöglichkeit der Rückgewähr oder die Verschlechterung der zurückzugewährenden Sache zu vertreten hat, keinen Schadensersatz, sondern Wertersatz zu leisten (bisheriger § 361a Abs. 2 Satz 4). Ist er nicht über das Widerrufsrecht belehrt worden und hat er von diesem Recht auch nicht anderweitig Kenntnis erlangt, so ist er nur bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit ersatzpflichtig (bisheriger § 361a Abs. 2 Satz 5).

Den derzeitigen §§ 347, 350 liegt unausgesprochen eine Gefahrtragungsregel zugrunde. Wenn die zurückzugewährende Sache beim Rückgewährschuldner durch Zufall untergegangen oder wesentlich verschlechtert worden ist, geht das im Falle des Rücktritts zu Lasten des Rückgewährgläubigers: Dieser hat die von ihm empfangene Gegenleistung nach dem bisherigen § 346 Satz 1 zurückzugewähren, erhält aber seine Leistung nicht oder nur wesentlich verschlechtert zurück und hat auch keinen Anspruch auf Schadens- oder Wertersatz. Beim Kaufvertrag, dem Hauptanwendungsfall der §§ 346 ff., bedeutet dies, dass bei einem Rücktritt des Verkäufers die auf den Käufer übergegangene Gefahr des zufälligen Untergangs oder der zufälligen Verschlechterung (bisher § 446) zum Verkäufer zurückspringt.

Über die sich aus der Natur des Rücktritts ergebenden grundsätzlichen Rechtsfolgen (Befreiungswirkung und Rückgewährpflicht) gibt es de lege lata und de lege ferenda keinen Streit. Erörterungsbedürftig ist insoweit allenfalls, ob die Befreiungswirkung des Rücktritts abweichend vom geltenden Recht im § 346 ausdrücklich erwähnt werden soll. Einverständnis besteht auch darüber, dass der Rücktritt den Vertrag nicht im Ganzen aufhebt, sondern ihn in ein Abwicklungsverhältnis mit vertraglicher Grundlage umwandelt (BGHZ 88, 46, 48; MünchKomm/Janßen Rdn. 36 vor § 346); die früher h. M. (RGZ 61, 128, 132; 136, 33; Planck, 1./2. Aufl., 1900, Anm. 2 a vor § 346), die annahm, dass durch den Rücktritt unter Wegfall des Vertrags ein gesetzliches Schuldverhältnis entstehe, und zwar ein modifiziertes Bereicherungsverhältnis, ist überholt.

Trotz dieser Übereinstimmung über die wesentlichen Rechtsfolgen des Rücktritts und der rechtsdogmatischen Einordnung des durch den Rücktritt entstehenden Rückgewährschuldverhältnisses gehören die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über die Durchführung des Rücktritts zu den schwächeren Partien der Kodifikation. Sie sind „gesetzestechnisch so missglückt und in zentralen Fragen auch rechtspolitisch so fragwürdig und umstritten, dass ein für Theorie und Praxis kaum noch zu durchdringendes Dickicht von Streitfragen und Thesen entstanden ist" (von Caemmerer, Festschrift für Larenz 1973, S. 625).

Im Einzelnen geht es um folgende Kritikpunkte:

Anwendungsbereich der bisherigen §§ 346 ff.

Ein wesentlicher Mangel besteht darin, dass die Regelung des gesetzlichen Rücktritts in dem bisherigen § 327 Satz 2 in seiner Bedeutung und Tragweite unklar ist und zu einem nicht

enden wollenden Auslegungsstreit geführt hat. § 327 Satz 2 ersetzt im geltenden Recht die in § 347 bestimmte strenge Haftung nach den §§ 987 ff. durch eine Haftung nach Bereicherungsrecht und gibt dem Rückgewährschuldner damit die Möglichkeit, sich auf den Wegfall der Bereicherung (§ 818 Abs. 3) zu berufen. Begünstigt wird nach dem Gesetzeswortlaut der Rücktrittsgegner, sofern er den Rücktrittsgrund nicht zu vertreten hat. Das ergibt offensichtlich keinen vernünftigen Sinn, denn in den Fällen der bisherigen §§ 325, 326, auf die sich der bisherige § 327 Satz 2 systematisch bezieht, hat der Rücktrittsgegner den Rücktrittsgrund immer zu vertreten.

Nur im Anwendungsbereich des derzeitigen § 636 kann es ausnahmsweise so liegen, dass der Rücktrittsgegner den Rücktrittsgrund nicht zu vertreten hat. Das ändert aber nichts am Ergebnis, dass der bisherige § 327 Satz 2 bei wörtlicher Auslegung praktisch leerlaufend ist und allenfalls als § 636 Abs. 1 Satz 3 eine Existenzberechtigung hätte. Heftig umstritten ist, welche Konsequenzen aus dem misslungenen § 327 Satz 2 zu ziehen sind.

Die Rechtsprechung (allerdings überwiegend in obiter dicta) und ein Teil des Schrifttums sind der Auffassung, dass sich die Auslegung des derzeitigen § 327 Satz 2 vom Gesetzeswortlaut lösen und auf die in ihm zum Ausdruck kommende grundsätzliche Aussage abstellen müsse: § 327 Satz 2 enthalte den allgemeinen Rechtsgedanken, dass derjenige, der den Rücktritt nicht zu vertreten habe, nur nach Bereicherungsrecht hafte (BGHZ 6, 227, 230; 53, 144, 148; BGH, JZ 1987, 675, 676; E. Wolf, AcP 153 (1954), 97; Medicus, Schuldrecht I § 49 II 1). Dieser Grundsatz wird auch auf die Wandelung übertragen (OLG Köln, OLGZ 1970, 454, 455), zum Teil wird jedoch für den Eintritt der strengeren Haftung abweichend von § 819 nicht auf die Kenntnis, sondern auf das Kennenmüssen abgestellt, d. h. auf den Zeitpunkt, in dem der Berechtigte mit dem Rücktritt rechnen musste (MünchKomm/Janßen, § 347 Rdn. 15a).

Die Gegenansicht tritt für eine wörtliche Auslegung des bisherigen § 327 Satz 2 ein (Huber, JZ 1987, 650; MünchKomm/Emmerich § 327 Rdn. 13; Soergel/ Wiedemann § 327 Rdn. 34). Sie legt im Anschluss an die Untersuchungen von Glaß (Gefahrtragung und Haftung beim gesetzlichen Rücktritt, 1959) und Leser (Der Rücktritt vom Vertrag, 1975) dar, dass § 327 Satz 2, der auf § 279 Satz 2 des zweiten Entwurfes zurückgeht, nach seiner Entstehungsgeschichte nur für den Rücktrittsgegner gelten solle. Er sei für eine nicht Gesetz gewordene Regelung des Rücktritts beim Fixgeschäft konzipiert worden und habe vor allem den Fall erfassen sollen, dass der Schuldner beim Fixgeschäft die Verzögerung der Leistung nicht zu vertreten habe. Angesichts dieser Übereinstimmung von Wortlaut und Entstehungsge-

schichte der Norm sei es ausgeschlossen, § 327 Satz 2 auch auf den Rücktrittsberechtigten anzuwenden.

Ausschluss des Rücktrittsrechts

Die Frage, wie sich der Untergang des vom Rücktrittsberechtigten zurückzugewährenden Gegenstandes auf sein Rücktrittsrecht auswirkt, gehört zu den „dornenvollsten des Vertragsrechts" (Dölle/Weitnauer, Einheitliches Kaufrecht 1976, Rdn. 39 vor Artikel 78-81). Vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs galten im Deutschen Reich für die Wandelung, bei der das Problem vor allem auftritt, zwei unterschiedliche Regelungsmodelle: Das Preußische Allgemeine Landrecht (ALR) gestattete dem Käufer die Wandelung nur, wenn er den Gegenstand in dem Zustand, in dem er ihn empfangen hatte, zurückgeben konnte (ALR §§ 327, 328 I 5). Anders war es dagegen nach gemeinem Recht. Der Untergang des zurückzugewährenden Gegenstandes schloss das Wandelungsrecht des Käufers nicht aus. Soweit die Unmöglichkeit der Rückgewähr auf Zufall beruhte, konnte der Käufer ohne eine Verpflichtung zum Wertersatz die Rückzahlung des Kaufpreises verlangen; hatte der Käufer die Unmöglichkeit der Rückgewähr oder die Verschlechterung des Gegenstandes verschuldet, konnte er die Rückerstattung des Kaufpreises nur fordern, wenn er zugleich Wertersatz anbot (Windscheid, Pandekten II, 7. Aufl. 1891, § 394 Note 2 bei Fn. 5 u. 12; Leser, Der Rücktritt vom Vertrag 1975, S. 46 f.). Das Bürgerliche Gesetzbuch versucht, zwischen diesen beiden Regelungen eine mittlere Lösung zu entwickeln. Die Entscheidung des Bürgerlichen Gesetzbuchs, im Falle des bisherigen § 350 den Rücktritt zuzulassen und ihn nur unter den Voraussetzungen der bisherigen §§ 351 bis 353 auszuschließen, wird unter zwei Gesichtspunkten kritisiert:

Eine weit verbreitete Auffassung hält den bisherigen § 350 für rechtspolitisch verfehlt (Leser aaO S. 191; E. Wolf aaO S. 140; von Caemmerer aaO S. 627 ff.; Larenz, SchuldR I § 26 b S. 407). Beim Kaufvertrag, dem wichtigsten Anwendungsfall des § 350, gehe die Gefahr des zufälligen Untergangs mit der Übergabe der verkauften Sache auf den Käufer über (bisher § 446). Es gebe keinen überzeugenden Sachgrund dafür, den Gefahrübergang im Fall des Rücktritts oder der Wandelung rückgängig zu machen. Zu rechtfertigen sei ein Rückspringen der Gefahr zum Verkäufer nur dann, wenn der Untergang oder die wesentliche Verschlechterung des Gegenstandes auf einem Sachmangel oder einem sonstigen vom Verkäufer zu vertretenden Grund beruhe.

Kritisiert wird außerdem, dass der Begriff des Verschuldens (bisher § 351) beim gesetzlichen Rücktritt nicht passe (Emmerich, Recht der Leistungsstörungen, S. 110; Leser aaO S.

180 ff.). Vor Kenntnis vom Rücktrittsrecht könne der Rücktrittsberechtigte mit dem Gegenstand nach seinem Belieben verfahren (§ 903). Bei einem Untergang oder einer wesentlichen Verschlechterung des Gegenstandes könne daher von einem „Verschulden" des Berechtigten keine Rede sein.

Aus dieser grundsätzlichen Kritik und zahlreichen Gegenstimmen hat sich zur Auslegung der bisherigen §§ 350 ff. eine verwirrende Vielzahl von unterschiedlichen Standpunkten entwickelt. Dabei lassen sich im Wesentlichen drei Richtungen unterscheiden:

- Ein Teil des Schrifttums (Soergel/Hadding, § 350 Rdn. 1; MünchKomm/Janßen, § 350 Rdn. 3 f.; Medicus, SchuldR I § 49 II 2) und die Rechtsprechung (BGH, DB 1974, 2295) akzeptiert die Entscheidung des Gesetzgebers, dass die Gefahr des zufälligen Untergangs der Sache durch den Rücktritt zum Rücktrittsgegner zurückfällt. Diese Auffassung versteht den Verschuldensbegriff im bisherigen § 351, soweit es um das gesetzliche Rücktrittsrecht geht, im untechnischen Sinn. Entscheidend sei, ob der Untergang oder die wesentliche Verschlechterung des Gegenstandes auf einer Unachtsamkeit in eigenen Angelegenheiten (Verletzung der in eigenen Angelegenheiten gebotenen Sorgfalt) beruhe oder nicht. Nur im ersten Fall sei das Rücktrittsrecht ausgeschlossen, im zweiten Fall dagegen nicht.

- Andere Autoren wollen den Anwendungsbereich des nach ihrer Ansicht verfehlten § 350 durch Auslegung oder teleologische Reduktion einschränken. Dabei werden hinsichtlich der Begründung und des Umfangs der Reduktion unterschiedliche Auffassungen vertreten: E. Wolf (AcP 153 [1954], 120 ff.) und Leser (aaO S. 213 ff.) wollen, wenn auch mit unterschiedlichen Nuancierungen, den bisherigen § 323 entsprechend anwenden. Wenn durch den Untergang der Sache der Anspruch des Rücktrittsgegners auf Rückgewähr entfalle, verliere auch der Rücktrittsberechtigte grundsätzlich seinen Rückgewähranspruch. Schwenn (AcP 152 [1952/1953], 138, 153 ff.) will den bisherigen § 350 nur anwenden, wenn die Sache auch beim Rücktrittsgegner untergegangen wäre. Andere halten § 350 nur für anwendbar, wenn der Untergang der Sache auf einem Sachmangel beruht oder wenn er aus sonstigen Gründen vom Rücktrittsgegner zu vertreten ist (Honsell, MDR 1970, 717, 719; Wieling, JuS 1973, 397, 399).

- Ein anderer Lösungsvorschlag geht dahin, den Anwendungsbereich des bisherigen § 350 durch eine Ausweitung des Verschuldensbegriffs des bisherigen § 351 einzuschränken. Auch bei diesem Ansatz gibt es unterschiedliche Nuancierungen: Von

Caemmerer (aaO S. 627) und Larenz (SchuldR I § 26 b) halten § 351 für anwendbar, wenn der Untergang oder die wesentliche Verschlechterung auf einem zurechenbar risikoerhöhenden Verhalten des Rücktrittsberechtigten beruht. Nach E. Wolf (AcP 153 [1954] 129 ff.; ähnlich Leser aaO S. 198) soll das Rücktrittsrecht bereits ausgeschlossen sein, wenn die Unmöglichkeit der Rückgewähr auf eine freie Handlung des Rücktrittsberechtigten zurückzuführen ist.

Wert- oder Schadensersatz bei Unmöglichkeit der Rückgewähr

Es überzeugt nicht, dass bisher § 347 Satz 1 die Verpflichtung des Rückgewährschuldners zum Schadensersatz durch einen Verweis auf § 989 regelt. In § 989 geht es um den Besitzer, dem die Klage auf Herausgabe der Sache bereits zugestellt worden ist und der daher von seiner Herausgabepflicht weiß. Damit vergleichbar ist die Lage des Rückgewährschuldners allenfalls nach Ausübung des Rücktrittsrechts. § 347 Satz 1 verweist aber bisher auch für die vorhergehende Zeit vom Empfang der Leistung bis zur Rücktrittserklärung auf § 989; er unterstellt damit dieser Vorschrift Sachverhalte, die gänzlich anders liegen als die Fälle, auf die § 989 unmittelbar anzuwenden ist. Schwierigkeiten ergeben sich dabei, ähnlich wie bisher bei § 351, vor allem beim Tatbestandsmerkmal Verschulden. Dessen Anwendung ist schon beim vertraglichen Rücktrittsrecht nicht unproblematisch, so etwa, wenn der redliche Erbe des Käufers die unter einem Rücktrittsvorbehalt gekaufte Sache verbraucht. Das gilt verstärkt beim gesetzlichen Rücktrittsrecht, bei dem typischerweise beide Vertragsparteien von einem endgültigen Rechtserwerb ausgehen und daher annehmen, sie könnten mit dem empfangenen Gegenstand nach ihrem Belieben verfahren.

Wegen dieser grundlegenden Mängel hat sich zur Auslegung des bisherigen § 347 Satz 1 eine Vielzahl von unterschiedlichen Auffassungen entwickelt. Das Meinungsbild ist hier ähnlich vielfältig wie bei der Auslegung der bisherigen §§ 350 ff. Dabei lassen sich, bei vielen Nuancierungen im Einzelnen, im Wesentlichen zwei Hauptrichtungen unterscheiden:

- Ein Teil des Schrifttums und die Rechtsprechung ist der Auffassung, dass beim gesetzlichen Rücktrittsrecht die Haftung des Rücktrittsberechtigten aus § 347 Satz 1 durch § 327 Satz 2 eingeschränkt werde. Für den Rücktrittsberechtigten setze die Haftung aus § 347 Satz 1 entsprechend § 819 erst mit der Kenntnis von den Rücktrittsvoraussetzungen ein (BGHZ 53, 144, 148 f.; Soergel/Hadding, § 347 BGB Rdn. 10; Medicus, § 49 II Nr. 1 und 2). Vorher soll er für unwesentliche Verschlechterungen auch dann nicht haften, wenn diese auf einem unsorgsamen Verhalten beruhen, obwohl andererseits Einverständnis darüber besteht, dass der Rücktrittsberechtigte bei

einer wesentlichen Verschlechterung durch ein unsorgsames Verhalten nach § 351 sein Rücktrittsrecht verliert. Beim vertraglichen Rücktritt haften beide Parteien für jede unsorgfältige Behandlung des zurückzugebenden Gegenstandes. Das wird in Anwendung eines untechnischen Verschuldensbegriffs auch für den Rücktrittsgegner im Fall des gesetzlichen Rücktritts angenommen.

- Die Gegenansicht versagt dem Rücktrittsberechtigten im Fall des gesetzlichen Rücktritts den Schutz des § 327 Satz 2. Ihre Anhänger wollen überwiegend den zu § 351 entwickelten Verschuldensbegriff auf § 347 Satz 1 übertragen und den Rücktrittsberechtigten und den Rücktrittsgegner auch im Fall des gesetzlichen Rücktritts gleichbehandeln. Sie bejahen eine Ersatzpflicht aus § 347 Satz 1, wenn der Untergang oder die Verschlechterung auf einem zurechenbar risikoerhöhenden Verhalten des Rückgewährschuldners beruht (so Larenz, SchuldR I § 26 b S. 409 ff.) oder - noch weitergehender - wenn sie auf eine freie Handlung des Rückgewährschuldners zurückzuführen ist (so Leser, aaO S. 198).

Kritik wird aber auch daran geübt, dass bisher § 347 Satz 1 bei einem Verschulden im untechnischen Sinn eine Schadensersatzpflicht begründet. Nur bei einem Verschulden im Rechtssinn, so wird ausgeführt, sei Schadensersatz die richtige Rechtsfolge; bei einem Verschulden im untechnischen Sinn sei eine Wertersatzpflicht, die sich nicht auf entgangenen Gewinn und Folgeschäden erstrecke, die angemessene Regelung. Von einigen Autoren wird eine entsprechende Ersatzpflicht aus § 347 Satz 1 schon de lege lata befürwortet (Leser, aaO S. 199 ff.; Larenz, SchuldR I § 26 b S. 412).

Gefahrtragung und Rücktritt

Die sich bisher aus § 347 ergebende Gefahrtragungsregel überzeugt nicht. Das Zurückspringen der Gefahr hinsichtlich einer zurückzugewährenden Sache ist schon beim vertraglichen Rücktrittsrecht problematisch. Offensichtlich unangemessen ist es beim gesetzlichen Rücktrittsrecht. Wenn der Verkäufer wegen Nichtzahlung der letzten Kaufpreisrate vom Vertrag zurücktritt, kann es nicht richtig sein, dass er die auf den Kaufpreis geleisteten Raten an den Käufer zurückzugewähren hat, selbst aber leer ausgeht, weil die verkaufte Sache durch Zufall beim Käufer untergegangen ist. Um dieses Ergebnis zu vermeiden, billigt man dem Verkäufer das Recht zu, die Rücktrittserklärung rückgängig zu machen, sei es durch Einräumung eines Anfechtungsrechts analog § 119 Abs. 2 (Esser/Schmidt, SchuldR § 19 11 3) oder eines Widerrufsrechts wegen Fehlens der Geschäftsgrundlage (Palandt/Heinrichs,

§ 347 Rdn. 2). Dadurch wird es möglich, den Einzelfall sachgerecht zu entscheiden. Der eigentliche Mangel, die unrichtige Gefahrtragungsregel, bleibt aber bestehen.

Zu Absatz 1

Absatz 1 ist an den bisherigen § 346 Satz 1 angelehnt. Er enthält gegenüber dem geltenden Recht zwei Neuerungen, nämlich einmal die Entscheidung, dass die §§ 346 ff. unmittelbar auch auf das gesetzliche Rücktrittsrecht Anwendung finden, zum anderen eine im wesentlichen redaktionelle Änderung. Die de lege lata und de lege ferenda unumstrittene Pflicht zur Herausgabe gezogener Nutzungen, die sich nach geltendem Recht aus §§ 347 Satz 2, 987 Abs. 1 ergibt, wird in die Regelung des § 346 Abs. 1 RE einbezogen. Nach der Ausübung des Rücktritts sind auch nach der Neuregelung die empfangenen Leistungen zurückzugewähren und die gezogenen Nutzungen herauszugeben. Zu den Nutzungen gehören auch die Gebrauchsvorteile, § 100. Der Käufer beispielsweise, der nach einem Jahr wegen eines Mangels des gekauften PKW vom Kaufvertrag gemäß §§ 437 Nr. 2, 323 RE zurücktritt, hat dem Verkäufer auch die Vorteile herauszugeben, die er durch die Benutzung des PKW gezogen hat. Dasselbe gilt für den Käufer, der als Nachlieferung gemäß § 439 Abs. 1 Fall 2 RE einen neuen PKW erhält und seinen mangelhaften Wagen gemäß §§ 439 Abs. 4, 346 RE zurückzugeben hat.

An dem Prinzip des Nutzungsersatzanspruchs und an der Berechnung der Gebrauchsvorteile will der Entwurf nichts ändern. Maßgeblich für den Inhalt des Anspruchs ist der Umfang der Nutzung durch den Käufer im Verhältnis zu der voraussichtlichen Gesamtnutzungsdauer (vgl. für das geltende Recht Palandt/Heinrichs, § 347 Rdn. 9). Mit einem in Absatz 1 aufgenommenen Zusatz soll dies klargestellt werden: Es kommt auf das Maß der Abnutzung an, die durch den bestimmungsgemäßen Gebrauch der Sache eingetreten ist. Die hierdurch eingetretene Wertminderung fließt in jedem Fall gemäß Absatz 1 in die Berechnung der herauszugebenden Gebrauchsvorteile ein. Eine „Verschlechterung“ im Sinne des § 346 Abs. 2 Nr. 3 stellt diese Abnutzung nicht dar.

Im Beispielsfall des Kaufvertrags erhält der Verkäufer seine Nachteile durch eine infolge der Benutzung des PKW eingetretene Wertminderung allerdings nicht stets in vollem Umfang, sondern nur in dem Umfang ersetzt, in dem der Käufer Gebrauchsvorteile erlangt hat. Damit bleibt zum Beispiel die Wertminderung unberücksichtigt, die unabhängig von einer Nutzung des Wagens allein dadurch eintritt, dass der PKW zum Straßenverkehr zugelassen wird und deshalb nicht mehr als „neu“ angesehen werden kann. Dasselbe gilt für einen eventl. Wertverlust infolge eines Preisverfalls auf dem Markt. Diese Formen des Wertverlustes dem Ver-

käufer aufzuerlegen ist sachgerecht, da er entweder durch die Lieferung einer mangelhaften Sache die Ursache für den Rücktritt des Käufers gesetzt hat oder sich bei einem vertraglichen Rücktrittsrecht auf das Risiko einer Rückabwicklung des Vertrags eingelassen hat. Tritt umgekehrt der Verkäufer etwa wegen eines Zahlungsverzugs des Käufers zurück, so besteht jedenfalls ein umfassender Schadensersatzanspruch gemäß § 281 RE.

Erwogen worden ist auch die Gefahr einer missbräuchlichen Ausnutzung der Rechte des Käufers. Dieser könnte versucht sein, bei geringfügigen Mängeln die Sache trotzdem zunächst weiterzubenutzen, um dann kurz vor Ablauf der Verjährungsfrist Nachlieferung eines Neuwagens zu verlangen und so seinen „alten“ PKW „umzutauschen“. Der Käufer wird aber zum Ersatz der Gebrauchsvorteile verpflichtet. Außerdem ist er auf Grund des Vertrags verpflichtet, auch im Rücktrittsfall auf die Interessen des Verkäufers, z. B. auch an der Erhaltung der zurückzugewährenden Kaufsache, Rücksicht zu nehmen. Läßt er es daran fehlen, stellt das indes eine Pflichtverletzung dar, die ggf. auch zum Schadensersatz gemäß § 280 Abs. 1 RE verpflichtet.

Der Rücktritt hat zugleich die Wirkung, dass die durch den Vertrag begründeten primären Leistungspflichten, soweit sie nicht erfüllt sind, erlöschen. Es erscheint allerdings in Übereinstimmung mit dem geltenden Recht nicht erforderlich, diese Befreiungswirkung im Gesetzeswortlaut ausdrücklich auszusprechen. Der Rücktrittsberechtigte, der erst nach Ausübung seines Rücktrittsrechts erfährt, dass die von ihm gelieferte Sache beim Rücktrittsgegner untergegangen ist, hat nach § 346 Abs. 2 in der Regel einen Anspruch auf Wertersatz. Ob ihm gleichwohl das Recht zuzubilligen ist, die Rücktrittserklärung rückgängig zu machen, kann wie bisher Rechtsprechung und Lehre überlassen bleiben.

Es ist allgemein anerkannt, dass der bisherige § 281 (jetzt § 285) auf Ansprüche aus dem durch den Rücktritt begründeten Rückgewährschuldverhältnis anwendbar ist (RG JW 1911, 321; BGH NJW 1983, 929, 930, MünchKomm/Janßen, § 347 Rdn. 7; Soergel/Hadding, § 347 Rdn. 2). Der Entwurf geht davon aus, dass die Neufassung des § 346 hieran nichts ändert.

Näher einzugehen ist auf Folgendes:

Der Entwurf sieht vor, dass die §§ 346 ff. sowohl auf das vertragliche als auch auf das gesetzliche Rücktrittsrecht anzuwenden sind. Das stimmt weitgehend, aber nicht völlig mit dem geltenden Recht überein. Während das geltende Recht eine „entsprechende" Anwendung der §§ 346 ff. auf das gesetzliche Rücktrittsrecht anordnet (bisherige §§ 327 Satz 1, 467 Satz 1), entscheidet sich der Entwurf dafür, den gesetzlichen Rücktritt in den unmittelbaren

Anwendungsbereich der §§ 346 ff. einzubeziehen. Er vermeidet dadurch die bei einer „entsprechenden" Anwendung mögliche Unsicherheit und Unklarheit. Ein Bedürfnis, für den gesetzlichen Rücktritt eine eigenständige Regelung zu entwickeln, besteht nicht. Soweit für den gesetzlichen Rücktritt Sondervorschriften erforderlich sind, können sie in den Zusammenhang der §§ 346 ff. eingeordnet werden.

Der Entwurf sieht vor, auf den derzeit geltenden § 327 Satz 2 zu verzichten. Die Streichung der Vorschrift beendet einen lang andauernden Auslegungsstreit. Eine Regelung im Sinne der überwiegend vertretenen Auslegungsalternative, nach der der Rücktrittsberechtigte stets nur nach Bereicherungsrecht haftet, erscheint nicht sachgerecht. Vielmehr ist der in § 346 Abs. 3 Nr. 3 für den Rücktrittsberechtigten vorgesehene Schutz erforderlich, aber auch ausreichend.

Soweit Sonderregelungen bestehen, wie etwa bei der Wohnungsmiete (§ 570a), beim Reisevertrag (§ 651i), beim Verlöbnis (§§ 1298 ff.), beim Erbvertrag (§§ 2293 ff.) und beim Versicherungsvertrag (§§ 16 ff. VVG), gehen diese den §§ 346 ff. vor. Für das Rücktrittsrecht wegen Fehlens oder Wegfalls der Geschäftsgrundlage (§ 313 Abs. 3) enthält der Entwurf keine Sondervorschriften. Es gelten daher grundsätzlich die §§ 346 ff.

Zu Absatz 2

Zu Satz 1

Der Entwurf sieht vor, die bisherigen §§ 350 bis 353 zu streichen. Der Rücktrittsberechtigte soll auch dann zum Rücktritt berechtigt sein, wenn er zur Rückgewähr der empfangenden Leistung außerstande ist. Die Gefahr des Untergangs und eines sonstigen Unvermögens zur Rückgewähr wird dem Rückgewährschuldner durch Begründung einer Pflicht zum Wertersatz zugewiesen.

Der Entwurf will damit die bisherigen §§ 350 bis 353 durch ein Modell der Rückabwicklung dem Werte nach ersetzen. Der Rücktrittsberechtigte soll auch dann zum Rücktritt berechtigt sein, wenn er die Unmöglichkeit der Rückgewähr zu vertreten hat. Der Entwurf übernimmt auf diese Weise die Regelung der früheren §§ 7 Abs. 4 VerbrKrG, 3 Abs. 1 HTWG, 13a UWG und § 5 Abs. 6 TzWRG, die im Zusammenhang mit dem Gesetz über Fernabsatzverträge und andere Fragen des Verbraucherrechts sowie zur Umstellung von Vorschriften auf Euro in § 361a Abs. 2 Satz 4 zusammengefasst worden sind, und folgt damit im Ergebnis zugleich dem Standpunkt des gemeinen Rechts. Berechtigte Interessen des Rücktrittsgeg-

ners stehen dieser Lösung nicht entgegen, da der Rücktrittsberechtigte, soweit sein Rücktrittsrecht nach bisherigem Recht ausgeschlossen war, Wert- oder Schadensersatz zu leisten hat. Für die Entscheidung, auf die bisherigen §§ 350 bis 353 generell zu verzichten, sind im wesentlichen drei Gründe maßgebend:

- Wenn die zurückzugewährende Sache infolge eines Verschuldens des Rücktrittsberechtigten untergeht, kommt es nach geltendem Recht entscheidend darauf an, ob dieses Ereignis vor oder nach Abgabe der Rücktrittserklärung eintritt. Bei einem Untergang vor Abgabe der Rücktrittserklärung erlischt das Rücktrittsrecht, bei einem Untergang nach diesem Zeitpunkt bleibt das Rücktrittsrecht bestehen, der Rücktrittsberechtigte muss aber nach dem bisherigen § 347 Schadensersatz leisten. Diese Unterscheidung überzeugt nicht. Wenn der mit einem Sach- oder Rechtsmangel behaftete Pkw während einer Fahrt des Käufers durch einen Verkehrsunfall erheblich beschädigt wird, sollte es für die Rechtsfolgen gleichgültig sein, ob sich der Unfall kurz vor oder nach der Rücktrittserklärung ereignet hat.

- Für die Regelung des Entwurfs spricht weiter der Gedanke, dass für die Rückabwicklung nach Rücktritts- und Bereicherungsrecht, soweit möglich, gleiche Prinzipien gelten sollten. Die Leistungskondiktion bleibt auch dann zulässig, wenn der zurückzugewährende Gegenstand beim Gläubiger untergegangen ist; dieser muss sich jedoch im Rahmen der Saldotheorie und ihrer Einschränkungen den Wert der untergegangenen Sache anrechnen lassen. Es erscheint sachgerecht, dieses Modell der „Rückabwicklung dem Werte nach" auf das Rücktrittsrecht zu übertragen. Der Wegfall der §§ 350 bis 353 vereinfacht die Rechtsanwendung. Der Streit darüber, wann eine Verschlechterung wesentlich (bisher § 350) oder unwesentlich (bisher § 347) ist, entfällt. Die vielen Streitfragen um die Auslegung und Anwendung der bisherigen §§ 350 und 351 werden gegenstandslos. Soweit sie auch die bisherigen §§ 346 und 347 betreffen, musste bei deren Neufassung für die notwendige Klarstellung gesorgt werden.

- Nach dem Entwurf bleibt das Rücktrittsrecht grundsätzlich auch dann bestehen, wenn der Rücktrittsberechtigte die zurückzugewährende Sache vorsätzlich zerstört. Dieses Ergebnis ist vertretbar. Wenn die vorsätzliche Zerstörung der Rücktrittserklärung zeitlich nachfolgt, ist es auch nach geltendem Recht so, dass der Rücktrittsberechtigte zwar Schadensersatz leisten muss, aber seinen Rückgewähranspruch aus § 346 behält. Im Übrigen kann dem Anspruch des Berechtigten in krass liegenden Fällen der

Einwand des Rechtsmissbrauches entgegengehalten werden (OLG Düsseldorf, NJW 1989, 3163).

Wenn der Wert der vom Rücktrittsberechtigten empfangenen, durch sein Verschulden untergegangenen Sache und seiner Gegenleistung gleich groß ist, kann der Rücktrittsberechtigte trotz des Weiterbestehens seines Rücktrittsrechts im Ergebnis vom Rücktrittsgegner nichts verlangen. Das spricht nicht gegen die Lösung des Entwurfs. Wenn sich bei einem Abwicklungsverhältnis äquivalente und gleichartige Leistungen gegenüberstehen, versteht es sich von selbst, dass die Beteiligten zumindest nach Erklärung der Aufrechnung nichts mehr voneinander zu beanspruchen haben.

Soweit das Rücktrittsrecht auf einer vertraglichen Abrede beruht, können die Parteien bestimmen, dass der Rücktritt ausgeschlossen sein soll, wenn der Berechtigte die empfangene Sache nicht zurückgewähren kann. Eine Vereinbarung dieses Inhalts kann auch in Zukunft konkludent getroffen oder einer ergänzenden Vertragsauslegung entnommen werden.

Der Rückgewährschuldner soll nicht berechtigt sein, gegenüber Wertersatzansprüchen aus dem Rückgewährschuldverhältnis die Einrede der Entreicherung zu erheben. Das entspricht beim vertraglichen Rücktritt dem geltenden Recht und versteht sich bei diesem im Grunde von selbst, da beide Parteien sich auf den möglichen Rücktritt einrichten können und müssen. Aber auch beim gesetzlichen Rücktritt, für den derzeit § 327 Satz 2 gilt, ist die Zulassung der Einrede der Entreicherung nicht sachgerecht. Sie geht davon aus, dass die für den gegenseitigen Vertrag geltende Abhängigkeit von Leistung und Gegenleistung als faktisches Synallagma grundsätzlich auch bei der Rückabwicklung der beiderseitigen Leistung beachtet werden muss; sie berücksichtigt zugleich, dass der Anwendungsbereich des § 818 Abs. 3 durch die Saldotheorie auch im Bereicherungsrecht wesentlich eingeengt wird und dass die Aufhebung des § 350 dazu beitragen könnte, die Begründung der Saldotheorie zu erleichtern. Der Rücktrittsgegner hat durch die Verletzung einer vertraglichen Pflicht den Grund für den Rücktritt gesetzt. Es erscheint daher nicht angemessen, für ihn von der synallagmatischen Rückabwicklung der empfangenen Leistungen eine Ausnahme zuzulassen.

Schwieriger ist es, für den Rücktrittsberechtigten eine konsensfähige Lösung zu finden. Soweit er Sachleistungen zurückzugewähren hat, erscheint es richtig, die für den Rückgewährschuldner geltende strenge Haftung durch § 346 Abs. 3 RE aufzulockern. Eine weitergehende Regelung ist nicht erforderlich. Soweit der Rücktrittsberechtigte Geld zurückzugewähren hat - dabei wird es sich in der Regel um Anzahlungen an den Verkäufer oder Unternehmer handeln - besteht kein Grund, ihm die Berufung auf den Wegfall der Bereicherung zu ge-

statten. Soweit er die Anzahlung verbraucht hat, um die von ihm zu erbringende Leistung vorzubereiten, wird er durch § 284 RE ausreichend geschützt.

Der Entwurf geht davon aus, dass die Auferlegung einer Schadensersatzpflicht nur dann angemessen ist, wenn der Schuldner eine Pflicht aus dem Schuldverhältnis verletzt und er die Pflichtverletzung zu vertreten hat. Die §§ 346 ff. brauchen deshalb keine Schadensersatzregelung zu enthalten. Wann im Fall des Rücktritts Schadensersatz geschuldet wird, ergibt sich bereits aus den Vorschriften des allgemeinen Leistungsstörungsrechts.

Beim vertraglichen Rücktrittsvorbehalt ist die Partei, die eine Leistung empfangen hat, gegenüber dem anderen Teil verpflichtet, mit dem Leistungsgegenstand sorgfältig umzugehen. Diese Pflicht besteht, bis das Rücktrittsrecht erloschen ist. Wird sie verletzt, steht dem anderen Teil ein Schadensersatzanspruch aus § 280 Abs. 1 RE zu.

Beim gesetzlichen Rücktrittsrecht können die Parteien zunächst davon ausgehen, dass der ihnen übertragene Gegenstand endgültig Bestandteil ihres Vermögens geworden ist. Eine Rechtspflicht zur sorgsamen Behandlung entsteht erst, wenn die Partei weiß oder wissen muss, dass die Rücktrittsvoraussetzungen vorliegen. Sie setzt spätestens ein, wenn der Rücktritt erklärt wird. Auch hier ergibt sich die Schadensersatzpflicht für Pflichtverletzungen des Rückgewährschuldners bereits aus § 280 Abs. 1 RE. Hat der Schuldner beim gesetzlichen Rücktritt den Rücktrittsgrund zu vertreten, steht dem anderen Teil nach §§ 325, 281 RE ein Schadensersatzanspruch zu.

Kommt der Schuldner seiner Rückgewährpflicht nicht nach, kann der Gläubiger unter den Voraussetzungen der §§ 281, 283 RE statt der Leistung Schadensersatz verlangen oder unter den Voraussetzungen des Verzuges (§§ 280 Abs. 2, 286 RE) den Ersatz seines Verspätungsschadens fordern. Auch insoweit besteht für eine Schadensersatzregelung in den §§ 346 f. RE kein Bedürfnis.

Es bleiben die Fälle, in denen der Schuldner zur Rückgewähr außerstande ist, ohne dass ihm die Verletzung einer Pflicht aus dem Schuldverhältnis zur Last fällt. Soweit in diesen Fällen dem Gläubiger ein Ausgleich zu gewähren ist, ist nicht ein Schadensersatzanspruch, sondern ein Anspruch auf Wertersatz der richtige Rechtsbehelf.

Absatz 2 benennt die drei Fälle, in denen der Schuldner Wertersatz zu leisten hat:

Nach **Nummer 1** besteht eine Wertersatzpflicht, wenn die Rückgewähr oder die Herausgabe nach der Natur des Erlangten ausgeschlossen ist. Diese Vorschrift erweitert die Regel des bisherigen § 346 Satz 2 zu einem allgemeinen Prinzip.

Nummer 2 begründet eine Wertersatzpflicht, soweit der Schuldner den empfangenen Gegenstand verbraucht, veräußert, belastet, verarbeitet oder umgestaltet hat. Das entspricht den bisherigen §§ 352, 353, wandelt aber die Ausschlussregelung in eine Wertersatzpflicht um und erstreckt sie auch auf den Rücktrittsgegner.

Nummer 3 tritt an die Stelle der bisherigen §§ 347, 350 und 351. Mit „Verschlechterung" ist, wie oben bereits zu Absatz 1 angedeutet, nicht die Abnutzung durch den bestimmungsgemäßen Gebrauch gemeint, sondern nur weitergehendere Beeinträchtigungen des herauszugebenden Gegenstandes, insbesondere Substanzverletzungen oder auch Abnutzungen infolge eines übermäßigen Gebrauchs. Halbsatz 2 stellt klar, dass dabei Wertminderungen durch die bestimmungsgemäße Ingebrauchnahme (Zulassung eines PKW) außer Betracht bleiben. Hierzu wurde bereits oben zu Absatz 1 ausgeführt, dass diese Wertverluste – unabhängig von einem Schadensersatzanspruch gemäß § 281 RE – stets der Gläubiger des Rückgewähranspruchs zu tragen hat.

Zu Satz 2

Die Wertersatzpflicht des Schuldners soll sich in erster Linie nach der im Vertrag bestimmten Gegenleistung ausrichten; soweit eine solche Bestimmung fehlt, sollen wie in § 818 Abs. 2 die objektiven Wertverhältnisse maßgebend sein. Das grundsätzliche Festhalten an den vertraglichen Bewertungen erscheint interessengerecht, da die aufgetretene Störung allein die Rückabwicklung, nicht aber die von den Parteien privatautonom ausgehandelte Entgeltabrede betrifft. Soweit auch diese beeinträchtigt ist, etwa weil die Voraussetzungen der §§ 119 Abs. 2, 123 vorliegen, hat der Gläubiger die Möglichkeit, den Vertrag anzufechten und den Anspruch aus §§ 812 ff. geltend zu machen.

Zu Absatz 3

Zu Satz 1

Absatz 3 Satz 1 bestimmt, wann die Pflicht zum Wertersatz ausgeschlossen ist:

Nummer 1 übernimmt den dem bisherigen § 467 Satz 1 Halbsatz 2 zugrundeliegenden Rechtsgedanken. Die Pflicht zum Wertersatz entfällt, wenn sich der zum Rücktritt berechtigende Mangel erst während der Verarbeitung der Sache gezeigt hat.

Nummer 2 knüpft an das geltende Recht an. Der Untergang oder die Verschlechterung der Sache darf nicht zu Lasten des Rückgewährschuldners gehen, wenn sie der andere Teil zu vertreten hat (BGHZ 78, 216). Entsprechendes gilt, wenn der Schaden beim anderen Teil ebenso eingetreten wäre.

Nummer 3 modifiziert die § 346 Abs. 2 zugrundeliegende Gefahrtragungsregelung zugunsten des Rückgewährschuldners, der kraft Gesetzes vom Vertrag zurückgetreten ist.

Der Entwurf sieht damit vor, die den bisherigen §§ 350 f. und 347 zugrundeliegende Gefahrtragungsregel zu korrigieren. Den vielen Kritikern (jüngst aber gegensätzlich: einerseits Hager in: Ernst/Zimmermann, S. 429 ff., 437 ff.; andererseits Lorenz in: Schulze/Schulte-Nölke, S. 346 ff., 365) ist zuzugeben, dass das Zurückspringen der Gefahr vom Käufer (Besteller) auf den Verkäufer (Werkunternehmer) in der Mehrzahl der Rücktrittsfälle nicht überzeugt. Wenn die gelieferte Sache durch Zufall beim Käufer (Besteller) untergeht, muss dieser den hierdurch entstehenden Nachteil auch dann tragen, wenn ihm ein vertragliches Rücktrittsrecht zusteht oder wenn der andere Teil auf Grund einer vertraglichen oder gesetzlichen Befugnis vom Vertrag zurücktritt. Indes bedarf der Grundsatz, dass die Gefahr des zufälligen Untergangs auch im Fall des Rücktritts beim Käufer (Besteller) bleibt, einer Einschränkung.

Nicht zu überzeugen vermag die Lösung des Einheitlichen Kaufrechts (Artikel 82 UN-Kaufrecht), die entscheidend darauf abstellt, ob der Untergang der Sache auf einer Handlung, einem freien Handeln, einem risikoerhöhenden Verhalten des Schuldners oder einem sonstigen Ereignis beruht. Diese Differenzierung führt zu schwierigen Abgrenzungsproblemen. Sie überzeugt aber auch in der Sache nicht. Es leuchtet nicht ein, dass die Zerstörung des gekauften Pkw durch einen Verkehrsunfall, an dem der Käufer schuldlos ist, anders beurteilt werden soll als die Zerstörung durch einen Brand in der Garage des Käufers.

Sachgerecht ist das Rückspringen der Gefahr zum Verkäufer (Werkunternehmer) nur dann, wenn der Käufer (Besteller) auf Grund eines gesetzlichen Rücktrittsrechts vom Vertrag zurücktritt. Der Rücktritt erfolgt hier deshalb, weil der Verkäufer (Werkunternehmer) seine Pflichten nicht vollständig erfüllt hat. Wer nicht ordnungsgemäß geleistet hat, darf nicht darauf vertrauen, dass der Gefahrübergang auf den anderen Teil endgültig ist. Eine nicht ordnungsgemäße Leistung liegt insoweit nicht schon vor, wenn lediglich ein Verstoß gegen

Schutzpflichten (z. B. Verletzung einer Aufklärungspflicht) gegeben ist. Das Dilemma, von zwei schuldlosen Beteiligten einem den Verlust auferlegen zu müssen (Flessner, NJW 1972, 1777, 1780), muss hier, wie es auch der h. M. im geltenden Recht entspricht, zugunsten des Rücktrittsberechtigten gelöst werden.

Zu Satz 2

Satz 2 legt fest, dass der Schuldner die etwa verbleibende Bereicherung herausgegeben hat. Er ist als Rechtsfolgenverweisung auf die §§ 812 ff. zu verstehen.

Zu Absatz 4

Absatz 4 enthält die Klarstellung, dass für Schadensersatzansprüche ausschließlich die Vorschriften des allgemeinen Leistungsstörungsrechts maßgebend sind.

Zu § 347- Nutzungen und Verwendungen nach Rücktritt

Vorbemerkung

Wenn ein Vertragsverhältnis, wie im Fall des Rücktritts, rückabgewickelt werden muss, bedarf die Herausgabe und Vergütung von Nutzungen einer Regelung, zugleich aber auch die Frage, inwieweit dem Rückgewährschuldner ein Anspruch auf Ersatz von Verwendungen zustehen soll. Das geltende Recht regelt diese Problematik in § 347 Satz 2 und 3. Die Vorschrift verweist ebenso wie bei der Schadensersatzregelung auf die Vorschriften, die im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis für die Zeit ab Rechtshängigkeit gelten. Der Rückgewährschuldner hat daher die von ihm gezogenen Nutzungen herauszugeben (§ 987 Abs. 1). Zieht er Nutzungen nicht, die er nach den Regeln einer ordnungsgemäßen Wirtschaft ziehen könnte, ist er ersatzpflichtig, soweit ihn ein Verschulden trifft (§ 987 Abs. 2). Hat er eine Geldsumme erhalten, schuldet er vom Empfang der Leistung an als Mindestnutzungsentschädigung den gesetzlichen Zinssatz (bisher § 347 Satz 3). Eine Ersatzpflicht für Verwendungen besteht nur bei notwendigen Verwendungen (§§ 994 Abs. 2, 995, 998). Da die Verweisung in dem derzeitigen § 347 Satz 2 den § 996 nicht erfasst, kann der Schuldner für nützliche Verwendungen auch dann keinen Ersatz verlangen, wenn der andere Teil durch sie bereichert ist. Umstritten ist, ob im Falle des gesetzlichen Rücktrittsrechts nach geltendem Recht für den Rücktrittsberechtigten abweichende Grundsätze gelten. Das wird von dem Teil des Schrifttums bejaht, der den Rechtsgedanken des bisherigen § 327 Satz 2 auf den Rücktrittsberechtigten anwenden will. Diese Autoren beschränken die Vergütungspflicht des

Rücktrittsberechtigten bis zur Kenntnis oder zum Kennenmüssen des Rücktrittsgrundes auf die noch bestehende Bereicherung und beurteilen bis zu diesem Zeitpunkt auch seine Ersatzansprüche für Aufwendungen nach Bereicherungsrecht (MünchKomm/Janßen, § 347 Rdn. 24, 25, 28; Soergel/Hadding, § 347 Rdn. 10).

Das geltende Recht ist vor allem drei Einwendungen ausgesetzt:

- Es überzeugt nicht, dass die Ersatzpflicht für Nutzungen und Verwendungen durch eine wenig transparente Verweisung auf Vorschriften über das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis geregelt ist.

- Es ist nicht einzusehen, dass der Rückgewährschuldner für nützliche Verwendungen auch dann keinen Ersatz beanspruchen kann, wenn der andere Teil durch die Verwendung bereichert wird.

- Der bis in den § 347 Satz 2 hineinwirkende Streit um die Auslegung des § 327 Satz 2 erschwert die Rechtsanwendung.

Zu Absatz 1

Zu Satz 1

Die Verpflichtung des Rückgewährschuldners, die gezogenen Nutzungen herauszugeben, ergibt sich bereits aus § 346 Abs. 1 RE. Sie entspricht einem grundsätzlich für alle Abwicklungsverhältnisse geltenden Prinzip.

Absatz 1 Satz 1 erlegt dem Rückgewährschuldner eine Vergütungspflicht für nicht gezogene Nutzungen auf, sofern er diese nach den Regeln einer ordnungsgemäßen Wirtschaft hätte ziehen können. Die Regelung entspricht mit gewissen Modifikationen dem geltenden Recht:

- Das Gesetz sollte den Begriff des Vertretenmüssens grundsätzlich nur im technischen Sinn verwenden. Satz 1 stellt daher darauf ab, ob es dem Schuldner möglich gewesen wäre, die Nutzungen zu ziehen.

- Eine Zinspflicht nach dem Vorbild des bisherigen § 347 Satz 3 sieht § 347 Abs. 1 RE nicht vor. Der Schuldner ist vielfach - vor allem bei kleineren Beträgen und bei kürzerer Nutzungsdauer - nicht in der Lage, für das empfangene Geld eine Verzinsung in

Höhe des gesetzlichen Zinssatzes zu erzielen. Es ist daher interessengerecht, auf eine besondere Zinspflicht zu verzichten und nach § 347 Abs. 1 Satz 1 RE darauf abzustellen, welche Verzinsung nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft dem Schuldner als Nutzung zu erzielen möglich gewesen wäre.

Zu Satz 2

Soweit es sich im Falle des gesetzlichen Rücktritts um den Berechtigten handelt, sind die Regeln der ordnungsmäßigen Wirtschaft für die Begründung einer Wertersatzpflicht kein geeignetes Kriterium. Der Berechtigte soll entsprechend dem § 346 Abs. 3 Nr. 3 RE zugrundeliegenden Rechtsgedanken vielmehr nur dann zum Wertersatz verpflichtet sein, wenn er diejenige Sorgfalt nicht beachtet, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt.

Zu Absatz 2

Zu Satz 1

Absatz 2 gibt dem Rückgewährschuldner in Übereinstimmung mit dem geltenden Recht einen Anspruch auf Ersatz notwendiger Verwendungen. Er erstreckt sich auch auf gewöhnliche Erhaltungskosten. Der Rechtsgedanke des § 994 Abs. 1 Satz 2 trifft nicht zu, da der Rückgewährschuldner die Nutzungen herausgeben oder vergüten muss. Ein besonderer Ersatz der Verwendungen kommt aber dann nicht in Betracht, wenn diese bei der Ermittlung der Nutzungsentschädigung bereits als Minderungsposten berücksichtigt worden sind.

Zu Satz 2

Satz 2 bestimmt, dass der Schuldner andere Aufwendungen ersetzt verlangen kann, soweit der andere Teil durch sie bereichert wird. Diese im geltenden Recht fehlende Ausgleichsregelung ist sachgerecht. Absatz 2 ist als abschließende Regelung zu verstehen. Auch soweit der Schuldner statt der Rückgewähr nach § 346 Abs. 2 RE Wertersatz schuldet, darf er andere Aufwendungen nicht in Abzug bringen.

Zu Nummer 20 – Aufhebung der § 350 bis 354

Aus den oben dargestellten Gründen sind die §§ 350 bis 354 aufzuheben.

Zu Nummer 21 – Änderung und Umstellung des § 355

§ 355 soll als § 350 übernommen werden. Er soll in dieser Form aber nur für das vertragliche, nicht für das gesetzliche Rücktrittsrecht gelten.

Zu Nummer 22 – Änderung und Umstellung des § 356

Der bisherige § 356 soll inhaltlich unverändert bleiben. Probleme, die eine Änderung der Vorschrift rechtfertigen könnten, sind bei ihrer Anwendung nicht hervorgetreten. Entsprechende Vorschriften für die Minderung enthalten §§ 441 Abs. 2 und 638 Abs. 2 RE. Lediglich die Paragraphenzählung wurde im Interesse einer auch äußerlich geschlossenen Regelung des Rücktrittsrechts geändert.

Aus den oben in der Neubegründung zu § 346 angestellten Erwägungen wird der bisherige § 351 aufgehoben.

Zu Nummer 23 – Neufassung und Umstellung des § 357 – Aufrechnung nach Nichterfüllung

Der Entwurf übernimmt den bisherigen § 357 als neuen § 352 RE, ändert aber seinen Anwendungsbereich. Die Vorschrift gilt nach ihrem bisherigen Wortlaut nur für das vertragliche Rücktrittsrecht. Der zugrundeliegende Rechtsgedanke - wer sich durch Aufrechnung befreien kann, braucht sich nicht als Schuldner zu fühlen - gilt aber für das gesetzliche Rücktrittsrecht genauso. Es ist daher sachgerecht, den bisherigen § 357 auf das gesetzliche Rücktrittsrecht auszudehnen. Im Schrifttum wird schon jetzt vereinzelt eine analoge Anwendung der Vorschrift befürwortet (Palandt/Heinrichs, § 357 Rdn. 1). Die Änderung der Paragraphenzählung erfolgt wiederum im Sinne einer geschlossenen Neuregelung des Rücktrittsrechts.

Aus den oben in der Neubegründung zu § 346 angestellten Erwägungen wird der bisherige § 352 aufgehoben.

Zu Nummer 24 – Aufhebung des § 358

Der bisherige § 358 ist entbehrlich. Die Bestimmung ordnet eine Beweislastverteilung an, die sich aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen ergibt und selbstverständlich ist.

Zu Nummer 25 – Umstellung der §§ 359 und 360

Die Änderung der Paragraphenzählung dient auch hier dazu, unübersichtliche Lücken im Rücktrittsrecht zu vermeiden. Die Vorschriften erhalten ihren Inhalt wiedergebende Überschriften.

Aus den oben in der Begründung zu § 346 angestellten Erwägungen wird der bisherige § 353 aufgehoben. Der bisherige § 354 ist entbehrlich. Die Bestimmung spielt in der praktischen Rechtsanwendung keine Rolle. Nach § 281 RE haben beide Parteien die Möglichkeit, den Rückgewähranspruch durch Fristsetzung in einen Schadensersatzanspruch umzuwandeln. Im Übrigen gelten die Grundsätze der Verwirkung. Auch bei anderen Gestaltungsrechten, etwa der Kündigung oder der Anfechtung, gibt es keinen Rechtsgrundsatz, dass der Verzug mit der Rückgewähr zum Wegfall der Gestaltungswirkung führt.

Zu Nummer 26 – Einfügung eines Untertitels 2

Aus den oben dargestellten Gründen soll nach § 354 RE ein Untertitel eingefügt werden, der die Abweichungen für die Rückabwicklung von bestimmten Verbraucherverträgen nach Widerruf oder Rückgabe durch den Verbraucher regelt und inhaltlich im Wesentlichen die mit dem Fernabsatzgesetz als §§ 361a und 361b eingefügten Vorschriften enthält.

Zu § 355 – Widerrufsrecht bei Verbraucherverträgen

Zu den Absätzen 1 und 2

§ 355 Abs. 1 und 2 RE entspricht dem bisherigen § 361a Abs. 1, der lediglich der besseren Übersichtlichkeit wegen in zwei Vorschriften geteilt wird. Die bisherigen Sätze 1 und 2 bilden den Absatz 1. Die Sätze 3 bis 6 den Absatz 2. Lediglich aus redaktionellen Gründen ist das Wort „erfolgen“ durch „erklären“ in Absatz 1 Satz 2 ersetzt worden. Ebenfalls redaktionell ist die Ersetzung des Wortes „Widerrufsempfängers“ durch die Formulierung „desjenigen, gegenüber dem der Widerruf zu erklären ist“ in Absatz 2 Satz 1.

Zu Absatz 3

Neu ist die Regelung des Absatzes 3. Dieser bestimmt nunmehr eine einheitliche Frist von sechs Monaten, nach deren Ablauf das Widerrufsrecht des Verbrauchers für den Fall, dass der Verbraucher nicht oder nicht ordnungsgemäß über sein Widerrufsrecht belehrt worden ist, erlischt. Eine solche Erlöschensfrist ist für den Rechtsfrieden erforderlich, da ansonsten in diesen Fällen das Widerrufsrecht des Verbrauchers unbegrenzt bestehen bliebe. Der Fristbeginn ist nämlich gemäß § 355 Abs. 2 RE an die ordnungsgemäße Belehrung über das Wi-

derrufsrechts gekoppelt. Der Unternehmer müsste daher auch noch Jahre nach Vertragsschluss mit einem Widerruf des Verbrauchers rechnen; dies ist gerade in den Fällen einer zwar nicht unterbliebenen, aber fehlerhaften Widerrufsbelehrung nicht hinnehmbar.

Aus diesem Grund sehen die bisherigen Verbraucherschutzgesetze jeweils Höchstfristen für den Widerruf vor, die indessen sämtlich voneinander abweichen. So sieht der bisherige § 3 Abs. 1 Satz 3 FernAbsG eine Ablauffrist von 4 Monaten ab Vertragsschluss bzw. Lieferung der Ware, der bisherige § 7 Abs. 2 VerbrKrG eine Ablauffrist von einem Jahr ab Abgabe der Willenserklärung des Verbrauchers, der bisherige § 2 HTWG eine Ablauffrist von einem Monat nach vollständig beidseitig erbrachter Leistung und der bisherige § 5 Abs. 2 Satz 2 und Abs. 4 TzWrG einen hinausgeschobenen Fristbeginn von drei Monaten ab Aushändigung der Vertragsurkunde vor.

Während des Gesetzgebungsverfahrens zum Gesetz über Fernabsatzverträge und anderen Fragen des Verbraucherrechts sowie zur Umstellung von Vorschriften auf Euro vom 27. Juni 2000 (BGBl. I S. 897) war versucht worden, diese Fristen zu vereinheitlichen. Dies ist seinerzeit nicht gelungen. Der Entwurf holt die dringend gebotene (Palandt/Heinrichs, § 361a Rdn. 24) Vereinheitlichung jetzt mit § 355 Abs. 3 RE nach. Die Vorschrift bestimmt, dass das Widerrufsrecht spätestens sechs Monate nach Vertragsschluss erlischt, wobei diese Frist allerdings bei Verträgen über die Lieferung von Waren erst am Tag ihres Eingangs beim Empfänger beginnt. Diese Ausnahme für Warenlieferungen folgt zwingend aus den Vorgaben der Fernabsatzrichtlinie, Artikel 6 Abs. 1 Sätze 5 und 6. Die Frist schafft – wie oben bereits bei der Erläuterung der Vorschriften über Haustürgeschäfte ausgeführt – einen angemessenen Ausgleich der Interessen des Verbrauchers und des Unternehmers und führt auch in den Bereichen der Haustürgeschäfte, Fernabsatz-, Verbraucherdarlehens- und Teilzeit-Wonrechteverträge zu sachgerechten Ergebnissen.

Zu § 356 – Rückgaberecht bei Verbraucherverträgen

§ 356 RE entspricht inhaltlich dem bisherigen § 361b Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1, 3 und 4. Die Regelungen werden zusammengefasst und gestrafft. Der sonstige Inhalt (Kosten der Rücksendung) des bisherigen § 361b findet sich nunmehr in § 357 RE, der für das Widerrufs- und Rückgaberecht nunmehr einheitliche Regelungen aufstellt.

Zu § 357 – Rechtsfolgen des Widerrufs und der Rückgabe

Zu Absatz 1

Absatz 1 entspricht dem bisherigen § 361a Abs. 2 Satz 1 und 2 und dem bisherigen § 361b Abs. 2 Satz 2 Halbsatz 1.

Zu Absatz 2

Absatz 2 entspricht dem bisherigen § 361a Abs. 2 Satz 3 und dem bisherigen § 361b Abs. 2 Satz 2 Halbsatz 2.

Zu Absatz 3

Vorbemerkung

Absatz 3 regelt die Frage der Wertminderung durch die bestimmungsgemäße Ingebrauchnahme anders als nach dem bisherigem § 361a Abs. 2 Satz 4 und 5. Nach der bisherigen Regelung kann der Verbraucher zwar abweichend von den bisherigen §§ 350 bis 352 von seinem Widerrufs- oder Rückgaberecht auch dann Gebrauch machen, wenn durch sein Verschulden die Sache untergegangen oder verschlechtert worden ist. Die Haftung des Verbrauchers ist aber begrenzt. Er haftet nur für die Gebrauchsvorteile und nicht für die Abnutzung durch die bestimmungsgemäße Ingebrauchnahme der Sache oder anderen Leistung. Diese Regelung verlagert das Risiko sehr einseitig auf den Unternehmer. Allerdings entspricht sie wörtlich der auch schon vor Schaffung des § 361a geltenden Regelung des § 3 HTWG. Die Regelung wurde indessen auch dort bereits als ungerecht empfunden (vgl. Palandt/Putzo, § 3 HTWG Rdn. 16, wo es hierzu heißt: „Die Regelung ist für die andere Vertragspartei sehr ungünstig, z. B. bei Kleidungsstücken und Kfz“). Das Bedürfnis nach einer Änderung war dort freilich deshalb nicht so groß, weil der Unternehmer bei Geschäften nach dem bisherigen Haustürwiderrufsgesetz die Möglichkeit hatte, seine vertraglich geschuldete Leistung, also in der Regel die Lieferung der Ware, erst dann zu erfüllen, wenn die Widerrufsfrist verstrichen war und feststand, dass der Vertrag zur Durchführung gelangte. Dies ist bei Haustürgeschäften auch weiterhin so, weil der bisherige § 10 Nr. 1 AGBG (= § 308 Nr. 1 RE) einen entsprechenden Vorbehalt ausdrücklich erlaubt. Der Unternehmer kann so von vornherein vermeiden, überhaupt erst in die Risikolage zu kommen. Bei Fernabsatzverträgen ist das dagegen nicht möglich, weil die Frist hier gemäß dem bisherigen § 3 Abs. 1 FernAbsG (= § 312d Abs. 2 RE) nicht vor Lieferung zu laufen beginnt. Diese Regelung des Fristenlaufs ist durch die Fernabsatzrichtlinie zwingend vorgegeben und nicht abdingbar. Das hat zur Folge, dass der Unternehmer bei Fernabsatzverträgen den durch die bestimmungsgemäße Ingebrauchnahme entstehenden Wertverlust stets allein zu tragen hat. Zwar mag die Wertminderung infolge des „gebraucht statt neu“ in der Regel unerheblich sein. Sie kann

indessen in Einzelfällen durchaus auch erheblich sein. Ein Beispiel hierfür sind Kraftfahrzeuge, die allein durch die Erstzulassung einen Wertverlust von etwa 20 % erleiden. In diesen Fällen wäre es nicht gerecht, wenn das Gesetz dem Unternehmer keine Möglichkeit bieten würde, diese Folge zu vermeiden. Andererseits ist zu berücksichtigen, dass das Widerrufs- oder Rückgaberecht des Verbrauchers wesentlich erschwert, wenn nicht gar zum Teil ganz ausgeschlossen würde, wenn dem Verbraucher die Verpflichtung auferlegt würde, einen durch die bestimmungsgemäße Ingebrauchnahme der Sache entstehenden erheblichen Wertverlust tragen zu müssen. Zwischen diesen widerstreitenden Interessen ist daher ein angemessener Ausgleich zu schaffen.

Die EG-rechtliche Zulässigkeit einer solchen Lösung wird gelegentlich in Zweifel gezogen (Hager in: Ernst/Zimmermann, S. 427, 447 f.). Diese Zweifel werden aus Artikel 6 Abs. 2 der Fernabsatzrichtlinie abgeleitet, wonach die einzigen Kosten, die dem Verbraucher infolge der Ausübung seines Widerrufsrechts auferlegt werden können, die Kosten der unmittelbaren Rücksendung sind. In der Diskussion (Ernst/Zimmermann S. 455, 456) ist aber zu Recht darauf hingewiesen worden, dass es hier nicht um Kosten geht, die „infolge des Widerrufs“ entstehen. Es geht vielmehr um die Rückabwicklung von Vorteilen und Schäden, die durch die vorhergehende Benutzung entstehen. Diese Frage regelt die Fernabsatzrichtlinie nicht. Es heißt vielmehr in Erwägungsgrund 14 der Richtlinie ganz eindeutig: „Es ist Sache der Mitgliedstaaten, weitere Bedingungen und Einzelheiten für den Fall der Ausübung des Widerrufsrechts festzulegen.“ Das soll hier geschehen:

Zu Satz 1

Absatz 3 Satz 1 bestimmt, dass der Verbraucher abweichend von § 346 Abs. 2 Nr. 3 RE auch eine durch die bestimmungsgemäße Ingebrauchnahme der Sache entstandene Wertminderung zu ersetzen hat. Diese gegenüber dem Rücktrittsrecht zu Lasten des widerrufenden Verbrauchers vorgesehene Haftungserschwerung rechtfertigt sich dadurch, dass das Widerrufs- oder Rückgaberecht dem Verbraucher nicht von einer Vertragsverletzung des Unternehmers abhängt, sondern dem Verbraucher kraft Gesetzes in jedem Fall zusteht. Der Unternehmer kann mithin gar nicht vermeiden, vom widerrufenden Verbraucher die Sache „gebraucht“ zurücknehmen zu müssen, obwohl er diese vertragsgemäß geliefert hatte. Dagegen ist die Situation beim Rücktritt eine andere: Hier kann der Rücktrittsschuldner den Rücktritt nur erklären, wenn dem Rücktrittsgläubiger eine Vertragsverletzung anzulasten ist und dieser den Vertrag trotz Aufforderung hierzu nicht vollständig erfüllt hat. Einem Rücktrittsgläubiger, der seine Pflichten nicht erfüllt, kann freilich das Risiko einer Wertminderung der Sache infolge ordnungsgemäßer Ingebrauchnahme zugemutet werden, weil er es – an-

ders als ein Unternehmer etwa beim Abschluss eines Fernabsatzvertrags, bei dem dem Verbraucher kraft Gesetzes ein Widerrufsrecht zusteht – selbst in der Hand hat, die Folgen zu vermeiden. Er hätte lediglich von vornherein vertragsgemäß liefern müssen oder könnte jedenfalls nacherfüllen. Vor diesem Hintergrund ist die in § 346 Abs. 2 Nr. 3 RE vorgesehene Haftungsbeschränkung des Rücktrittsberechtigten zwar beim Rücktritt sachgerecht, bei dem kraft Gesetzes eingeräumten Widerrufs- und Rückgaberecht indessen nicht.

Den Verbraucher darf indessen das Haftungsrisiko nicht unvorbereitet treffen. Deshalb sieht Absatz 3 Satz 1 2. Halbsatz vor, dass der Verbraucher eine durch die ordnungsgemäße Ingebrauchnahme der Sache entstehende Wertminderung lediglich dann ersetzen muss, wenn der Unternehmer ihn zuvor in deutlich gestalteter Form (dies folgt aus dem Verweis auf § 355 Abs. 2 Satz 1 und 2) auf dieses Haftungsrisiko hingewiesen hat und ihm zudem eine Möglichkeit aufgezeigt hat, wie er die Wertminderung vermeiden kann. Der Unternehmer müsste also beim oben genannten Beispiel eines etwa im Internet verkauften Kraftfahrzeugs den Verbraucher sowohl darauf hinweisen, dass mit der Zulassung des Pkws ein regelmäßiger Wertverlust von 20 % einhergeht, dass der Verbraucher diese Wertminderung im Falle des Widerrufs und der Rückabwicklung des Vertrags zu tragen hat und dass er die Folgen nur dadurch vermeiden kann, dass er den Pkw erst zulässt, wenn er von seinem Widerrufsrecht keinen Gebrauch mehr machen will, weil er den Pkw – zum Beispiel durch eine Probefahrt auf Privatgelände - nach Prüfung für gut befunden hat. Im Fall eines im Fernabsatz verkauften Buches müsste der Unternehmer den Verbraucher darauf hinweisen, dass er das Buch zwar zur Prüfung des Inhalts und der Fehlerfreiheit aus der Verpackung nehmen und auch durchblättern kann, dass indessen eine darüber hinausgehende Nutzung, die dazu führt, dass der Unternehmer das Buch nicht mehr als „neu“ verkaufen kann, zu einem von ihm zu tragenden Wertverlust führen könne.

Zu Satz 2

Um auszuschließen, dass der Unternehmer dem Verbraucher auch ein solches Prüfungsrecht im Ergebnis nimmt und ihm auch insoweit das Wertminderungsrisiko auferlegt, bestimmt Satz 2, dass der Verbraucher den aus der bloßen Prüfung herrührenden Wertverlust – unabhängig davon, ob er vom Unternehmer auf ein solches Haftungsrisiko hingewiesen worden ist oder nicht – **in keinem Fall** tragen muss. Dies bedeutet, dass der Verbraucher für den Wertverlust, den ein Kleidungsstück allein dadurch erleidet, dass es aus der Verpackung genommen und anprobiert wird, oder den ein Buch durch das bloße Aufschlagen und kurzes Durchblättern erleidet, nicht aufzukommen braucht, dass er wohl aber die durch die Erstzulassung eines Pkws entstehende Wertminderung tragen müsste, wenn er entsprechend Satz 1 vom Unternehmer über diese Rechtsfolge und eine Möglichkeit der Vermeidung belehrt

worden ist. Denn diese Wertminderung ist gerade nicht auf die Prüfung des Pkws zurückzuführen, sondern beruht allein auf der Zulassung des Fahrzeugs und ist damit prüfungsunabhängig. Dagegen dürfte dem Verbraucher der Wertverlust, der dadurch entsteht, dass sich der Verbraucher in den Pkw setzt, alle Instrumente ausprobiert und mit dem Pkw eine kurze Strecke auf nichtöffentlicher Verkehrsfläche zurücklegt, in keinem Fall auferlegt werden.

Satz 2 kommt allerdings vor allem eine klarstellende Funktion zu. Denn § 346 Abs. 2 Nr. 3 2. Halbsatz RE setzt gerade voraus, dass durch die bestimmungsgemäße Ingebrauchnahme der Sache überhaupt ein Wertverlust eingetreten ist; damit ist die Wertminderung gemeint, die dadurch eintritt, dass die Sache nicht mehr als „neu“ verkauft werden kann. Eine solche Wertminderung tritt aber in der Regel ohnehin nicht durch die bloße Prüfung der Sache, sondern erst durch einen darüber hinausgehenden Gebrauch – oder eben bei Pkws durch die Erstzulassung – ein.

Zu Satz 3

Die Haftungserleicherung des § 346 Abs. 3 Nr. 3 RE soll dem Verbraucher grundsätzlich nicht zugute kommen, weil er auf Grund des schwebend wirksamen Vertrags gesteigerte Pflichten hat. Dies ist aber anders, wenn der Unternehmer ihn nicht über sein Widerrufsrecht belehrt und er auch sonst keine Kenntnis hiervon erlangt hat. Denn in diesem Fall handelt der Unternehmer selbst vertragswidrig, so dass insoweit die Wertung des § 346 Abs. 3 Nr. 3 RE gerechtfertigt ist und dem Verbraucher in diesen Fällen die Haftungserleichterung zugute kommen soll. Dies bestimmt Satz 3.

Zu Absatz 4

Absatz 4 übernimmt den geltenden § 361a Abs. 2 Satz 7.

Zu § 358 – Verbundene Verträge

Vorbemerkung

§ 358 RE fasst die derzeitigen Vorschriften des bisherigen § 9 Abs. 1 und 2 VerbrKrG, des bisherigen § 4 FernAbsG und des bisherigen § 6 TzWrG in einer Vorschrift zusammen. Damit wird nunmehr eine einheitliche Vorschrift über verbundene Verträge geschaffen, die regelt, wie sich die Rechtsfolgen gestalten, wenn ein Vertrag über die Lieferung einer Ware oder die Erbringung einer anderen Leistung mit einem Darlehensvertrag derart verbunden

sind, dass das Darlehen ganz oder teilweise der Finanzierung des anderen Vertrags dient und beide Verträge eine wirtschaftliche Einheit bilden, und wenn einer dieser Verträge vom Verbraucher wirksam nach Maßgabe der §§ 355, 356 RE widerrufen wird. Durch die Schaffung des § 358 RE wird keine Änderung der geltenden Rechtslage, wohl aber eine weitere Vereinheitlichung der Rechtsfolgen des Widerrufs bei Verbraucherverträgen bewirkt. Dies erleichtert und systematisiert zugleich die Umsetzung weiterer europäischer Richtlinien zum Verbraucherschutz, für die dann nicht mehr – wie noch bei der Umsetzung der Fernabsatzrichtlinie und der Timesharing-Richtlinie – besondere Vorschriften über finanzierte Verträge geschaffen werden müssen.

Zu Absatz 1

Absatz 1 regelt die derzeit im bisherigen § 4 FernAbsG und im bisherigen § 6 TzWrG aufgeführten Fälle. In Übereinstimmung mit den dortigen Regelungen bestimmt Absatz 1, dass ein Verbraucher, der seine auf den Abschluss eines Vertrags über die Lieferung einer Ware oder die Erbringung einer anderen Leistung gerichtete Willenserklärung nach Maßgabe der §§ 355, 356 RE wirksam widerrufen hat, auch an seine auf den Abschluss eines mit diesem Vertrag verbundenen Darlehensvertrags gerichtete Willenserklärung nicht mehr gebunden ist. Wann eine solche „Verbundenheit" zwischen den Verträgen vorliegt, die es rechtfertigt, dass bei Widerruf des einen Vertrags auch der andere Vertrag als widerrufen gilt, ergibt sich aus Absatz 3 der Vorschrift. Absatz 1 stellt wie die bisherigen § 4 FernAbsG und § 6 TzWrG sicher, dass beim Widerruf eines finanzierten Verbrauchervertrags nicht nur dieser, sondern zugleich auch der Darlehensvertrag rückabgewickelt werden kann. Dieser Rückabwicklungsgleichlauf wird zum einen durch die Regelung in Absatz 1 erreicht, aus der sich ergibt, dass der Darlehensvertrag – ohne dass der Verbraucher insoweit einen Widerruf erklärt zu haben braucht und ohne dass es insoweit auf ein Widerrufsrecht ankommt – als widerrufen gilt, sobald der Verbraucher den finanzierten Vertrag wirksam widerrufen hat, und zum anderen durch die Bestimmung in Absatz 4 Satz 1 der Vorschrift bewirkt. Aus der letzteren folgt nämlich, dass sich auch die Rückabwicklung des verbundenen und als widerrufen geltenden Vertrags (dies ist in Absatz 1 der Darlehensvertrag) nach den Rechtsfolgen des § 357 RE richtet.

Zu Absatz 2

Absatz 2 erfasst den bislang im geltenden § 9 Abs. 2 und 4 VerbrKrG geregelten umgekehrten Fall, dass der Verbraucher einen Verbraucherdarlehensvertrag, der mit einem Vertrag über die Lieferung einer Ware oder die Erbringung einer sonstigen Leistung verbunden ist, nach Maßgabe der §§ 355, 356 RE widerrufen hat. Für diesen Fall gilt der mit dem Darle-

hensvertrag verbundene Vertrag ebenfalls als widerrufen mit der bereits zu Absatz 1 erläuterten Rechtsfolge des Rückabwicklungsgleichlaufs. In Entsprechung des geltenden Rechts (vgl. die bisherige Regelung in § 8 Abs. 2 VerbrKrG) sieht Satz 2 vor, dass die Bestimmungen des Absatzes 2 nicht für den Fall gelten, dass der Verbraucher bereits den finanzierten Vertrag nach Maßgabe der §§ 355, 356 RE widerrufen kann.

Zu Absatz 3

Absatz 3 bestimmt, wann zwei Verträge als miteinander verbunden gelten. Die Definition entspricht dem Inhalt der bislang in den geltenden § 9 Abs. 1 VerbrKrG, § 4 FernAbsG und § 6 TzWrG enthaltenen Bestimmungen. Absatz 3 fasst die Regelungen lediglich zusammen.

Zu Absatz 4

Absatz 1 Satz 1 bestimmt zunächst, dass die Rückabwicklung des verbundenen Vertrags wie die Rückabwicklung des widerrufenen Vertrags nach § 357 RE erfolgt. Dies wird bislang in § 4 Abs. 1 Satz 3 FernAbsG und in § 6 Abs. 1 Satz 3 TzWrG lediglich für den Fall geregelt, dass der verbundene Vertrag ein Darlehensvertrag ist. Dagegen ist diese Rechtsfolge für den umgekehrten Fall, dass der mit einem anderen Vertrag verbundene Darlehensvertrag widerrufen wird, im geltenden Recht nicht ausdrücklich geregelt. Auch in diesem Fall muss indessen die Rückabwicklung der Verträge parallel laufen, was durch Satz 1 nunmehr klargestellt ist.

Satz 2 entspricht der bisherigen Regelung in § 4 Abs. 1 Satz 3 2. Halbsatz FernAbsG und in § 6 Abs. 1 Satz 3 2. Halbsatz TzWrG. Dort ist bestimmt, dass dem Verbraucher für den Fall des Widerrufs eines finanzierten Verbrauchervertrags aus der Rückabwicklung des Darlehensvertrags keine Zinsen und Kosten auferlegt werden dürfen. Diese Regelung, die lediglich den Anwendungsbereich des Absatzes 1 des § 358 RE betrifft und auf eine zwingende Vorgabe der Fernabsatzrichtlinie zurückgeht, übernimmt Satz 2.

Der folgende Satz 3 entspricht der bislang in § 9 Abs. 2 Satz 3 VerbrKrG enthaltenen Regelung, wonach der Darlehensgeber für den Fall, dass der mit einem Kaufvertrag verbundene Darlehensvertrag widerrufen wird und der Darlehensbetrag dem Verkäufer bereits zugeflossen ist, in die Rechte und Pflichten des Verkäufers aus dem Kaufvertrag eintritt. Diese Vorschrift soll eine bilaterale Rückabwicklung zwischen Verbraucher und Darlehensgeber gewährleisten und es dem Verbraucher ersparen, den Darlehensbetrag dem Darlehensgeber zunächst erstatten und sich seinerseits an den Verkäufer wegen der Rückzahlung des Kaufpreises halten zu müssen. Dies wird dadurch erreicht, dass der Darlehensgeber in die Rech-

te und Pflichten des Verkäufers eintritt. Diese Regelung greift Satz 3 auf und verallgemeinert sie lediglich, indem sie auch auf sonstige mit einem Darlehensvertrag verbundene Verträge erstreckt wird. Satz 3 spricht daher statt des „Verkäufers“ vom „Unternehmer“ und statt des Kaufvertrags vom „verbundenen Vertrag“. Satz 3 findet im Übrigen lediglich Anwendung, wenn der Darlehensvertrags widerrufen wird; dies sind die Anwendungsfälle des Absatzes 2. Dies wird im Satz 3 klargestellt.

Zu Absatz 5

Absatz 5 entspricht den Regelungen in den bisherigen § 9 Abs. 2 Satz 2 VerbrKrG, § 4 Abs. 1 Satz 2 FernAbsG und § 6 Abs. 1 Satz 2 TzWrG.

Zu § 359 – Einwendung bei verbundenen Geschäften

§ 359 RE entspricht der bisherigen Regelung zum Einwendungsdurchgriff in § 9 Abs. 2 und 4 VerbrKrG unter im Wesentlichen wörtlichen Übernahme des dortigen Textes. Die Regelung ist lediglich an die geänderte Begrifflichkeit des Kaufrechts („Nacherfüllung“) angepasst worden. Da die Regelung an das Vorliegen von verbundenen Geschäften anknüpft, die nunmehr in § 358 Abs. 3 RE definiert sind, war die bislang im Verbraucherkreditgesetz befindliche Bestimmung im Anschluss an § 358 RE zu regeln.

Zu § 360 – Dauerhafter Datenträger

Die Vorschrift entspricht wörtlich dem bisherigen § 361a Abs. 3.

Zur Nummer 27 - Aufhebung der §§ 361 bis 361b

Der bisherige § 361 ist aufzuheben, weil das Rücktrittsrecht beim Fixgeschäft nun in § 323 Abs. 2 Nr. 2 RE geregelt ist. Die bisherigen §§ 361a und 361b gehen in den neu gefassten §§ 355 bis 358 auf.

Zu Nummer 28 – Aufhebung des § 390 Satz 2

§ 390 Satz 2, der unter bestimmten Voraussetzungen die Aufrechnung mit einer verjährten Forderung zulässt, ist in § 215 übernommen worden. § 390 Satz 2 muss deshalb aufgehoben werden.

Zu Nummer 29 – Änderung des § 425 Abs. 2

Es handelt sich um eine redaktionelle Folgeänderung aus der Neugestaltung des Verjährungsrechts: Der Begriff der Unterbrechung wird durch den Begriff des Neubeginns ersetzt.

Zu Nummer 30 – Umnummerierung von Abschnitten im zweiten Buch

Wegen der Einfügung eines zusätzlichen Abschnitts müssen im Schuldrecht die Bezeichnungen der Abschnitte 3 bis 6 um jeweils eine Nummer verschoben werden.

Zu Nummer 31 – Änderung des bisherigen siebenten Abschnitts im zweiten Buch

Als Folge der Einfügung eines neuen Abschnitts über die Gestaltung rechtsgeschäftlicher Schuldverhältnisse durch Allgemeine Geschäftsbedingungen wird der bisherige, einzelne Schuldverhältnisse betreffende siebente Abschnitt zu Abschnitt 8.

Die Nummer 31 des Entwurfs enthält im Übrigen zunächst in Titel 1 eine Überarbeitung des Kaufrechts.

Aufgehobene Vorschriften

Die Neufassung des Kaufrechts, deren Grundzüge bereits in der Allgemeinen Begründung dargestellt wurden, bringt die Aufhebung bzw. Umstellung einiger Vorschriften des bisherigen Kaufrechts mit sich. Im einzelnen handelt es sich um die folgenden Vorschriften:

Zur Aufhebung des § 433 Abs. 1 Satz 2

Nicht beibehalten werden soll § 433 Abs. 1 Satz 2 in der bisherigen Fassung. Die kaufrechtlichen Regelungen sollen grundsätzlich auf den Sachkauf abgestellt werden. Weil die vorgesehenen Bestimmungen über den Kauf von Rechten und sonstigen Gegenständen z. T. nicht uneingeschränkt geeignet sind, wird der Weg gewählt, die entsprechende Anwendung der Vorschriften über den Kauf von Sachen an späterer Stelle (§ 453 Abs. 1 RE) vorzusehen. In diesen Zusammenhang gehört auch der bisherige § 433 Abs. 1 Satz 2 (vgl. § 453 Abs. 3 RE).

Zu den §§ 434 bis 436

Der bisherige § 434, der die Rechtsmängelhaftung betrifft, geht in dem neuen § 435 auf. Die Regelung des bisherigen § 435 ist in dem neuen § 435 Satz 2 RE, hinsichtlich Schiffen und Schiffsbauwerken (vgl. bisher § 435 Abs. 2) in Verbindung mit § 452 RE zusammengefasst. Der alte § 436 entspricht dem neuen § 436 Abs. 2.

Zur Aufhebung des § 437

Einer Sondervorschrift über die Gewährleistung beim Rechtskauf, wie sie im geltenden Recht § 437 enthält, bedarf es nicht mehr. Nach dieser Bestimmung haftet der Verkäufer eines Rechts für dessen rechtlichen Bestand. Die Vorschrift stellt gegenwärtig sicher, dass der Kaufvertrag trotz Nichtbestehens des Rechts wirksam und nicht etwa gemäß dem bisherigen § 306 wegen anfänglicher Unmöglichkeit nichtig ist. Sie begründet außerdem eine verschuldensunabhängige Garantiehaftung des Verkäufers. Wenn – wie vorgesehen – der bisherige § 306 gestrichen wird, entfällt die Notwendigkeit, die Wirksamkeit des Kaufvertrags über ein nicht bestehendes Recht besonders zu regeln. Dass der Verkäufer verpflichtet ist, dem Käufer das verkaufte Recht zu verschaffen, folgt aus § 453 Abs. 1 RE in Verbindung mit § 433 Abs. 1 Satz 1 RE. Es besteht kein Grund, die Rechtsfolgen einer Verletzung dieser Pflicht abweichend von den Normen des Leistungsstörungsrechts, die sonst für den Kaufvertrag gelten, zu regeln.

Ebenso kann der bisherige § 437 Abs. 2 entfallen. Danach erstreckt sich beim Verkauf eines Wertpapiers die Haftung des Verkäufers darauf, dass es nicht zur Kraftloserklärung aufgeboten ist. Mit dem Aufgebot wird eine bestimmte Art von Rechtsmangel, der dem Papier die Verkehrsfähigkeit nimmt, besonders herausgestellt. Ein Bedürfnis für eine solche deklaratorische Bestimmung besteht ebenso wenig, wie das hinsichtlich anderer Arten von Rechtsmängeln der Fall ist.

Zur Aufhebung des § 438

Auch die den Forderungskauf betreffende Auslegungsregel des derzeitigen § 438 ist entbehrlich. Sie stellt nur für den Fall, dass beim Forderungsverkauf der Verkäufer auch für die Bonität des Schuldners haften soll und dass der maßgebende Zeitpunkt für die Bonität nicht klar vereinbart ist, die Vermutung auf, dass es auf den Zeitpunkt der Abtretung ankommen soll. Die praktische Bedeutung der Bestimmung ist äußerst gering. Der Grund liegt darin, dass der maßgebende Zeitpunkt in den Verträgen stets bestimmt wird, und zwar abweichend vom Gesetz. Sollte in den allein in Betracht kommenden Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Verkäufers die zeitliche Begrenzung der Bonitätshaftung einmal nicht klar bestimmt sein, müsste die Unklarheitenregel des § 305c Abs. 2 RE (bisher § 5 AGBG) zugunsten des Ver-

käufers zu demselben Ergebnis wie bisher § 438 führen. Insofern ist die Vorschrift überflüssig.

Auch für die Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 und 2 RE (bisher § 9 AGBG) ist die Bestimmung bedeutungslos. Sie hat weder eine Leitbildfunktion im Sinne von Absatz 2 Nr. 1, noch eignet sie sich als Richtlinie bei der Bewertung im Sinne des Absatzes 1. Ihr Gerechtigkeitsgehalt ist zweifelhaft: Soll der Verkäufer für die Bonität des Schuldners einstehen, so ist dem Käufer damit wenig geholfen, wenn sich die Haftung auf den Zeitpunkt der Abtretung beschränkt. Auch unter diesem Gesichtspunkt ist § 438 also verzichtbar.

Zu den §§ 439 bis 441

Die bisher in § 439 geregelten Auswirkungen einer Kenntnis des Käufers von einem Rechtsmangel finden sich nun in dem neuen § 442. Die bisherigen §§ 440 und 441 über die Folgen einer Nichterfüllung von Verkäuferpflichten gehen in dem neuen System der Mängelhaftung des Verkäufers auf, das die Folgen von Sach- und Rechtsmängeln gleich behandelt (§§ 437 bis 441 RE).

Zur Aufhebung des § 442

Für Rechtsmängel sieht der Entwurf eine Änderung der Beweislastverteilung vor. Der derzeitige § 442 erlegt insoweit bislang stets dem Käufer die Beweislast auf, und zwar auch für den Zeitraum bis zur Annahme als Erfüllung. Für den Zeitraum ab Annahme als Erfüllung ist dies angemessen, nicht jedoch für den davor liegenden Zeitraum. Es entspricht allgemeinen Grundsätzen, dass der Schuldner die Vertragsmäßigkeit seiner Leistung zu beweisen hat. Zwar hat der Verkäufer dann einen Negativbeweis zu führen, was ihm Schwierigkeiten bereiten kann. Jedoch braucht er nicht ohne konkreten Anhaltspunkt das Fehlen jeglichen Rechtsmangels zu beweisen. Verlangt werden muss vielmehr vom Käufer, dass er zunächst einen bestimmten Rechtsmangel behauptet. In diesem Fall ist aber dem Verkäufer der Beweis zuzumuten, dass dieser Rechtsmangel nicht besteht. Eine solche Änderung der Beweislastverteilung wird erreicht, indem der bisherige § 442 inhaltlich nicht in den Entwurf übernommen wird. Wenn diese Vorschrift wegfällt, richtet sich auch bei Rechtsmängeln ebenso wie schon bislang bei Sachmängeln die Beweislast nach § 363. Den Käufer trifft danach erst die Beweislast ab der Annahme des Kaufgegenstandes als Erfüllung. Auf diese Weise wird auch für die Beweislast die generell von dem Entwurf angestrebte Gleichbehandlung von Sach- und Rechtsmängeln erzielt.

Zu § 443

Der bisherige § 443 bleibt mit leicht verändertem Inhalt in § 444 RE bestehen.

Zur Aufhebung des § 444

Derzeit ergänzt § 444 die Verkäuferpflichten um eine Auskunftspflicht hinsichtlich der rechtlichen Verhältnisse des Kaufgegenstandes und die Pflicht zur Auslieferung von Beweisurkunden. Dies stellt nur einen verhältnismäßig kleinen Ausschnitt aus der Gesamtzahl in Betracht kommender Nebenpflichten des Verkäufers dar. Pflichten zur Verpackung, Versendung oder Versicherung der Ware, Pflichten zur Aufklärung, Beratung, Warnung und Bedienungsanleitung, Mitwirkungspflichten und Pflichten zum Bereithalten von Ersatzteilen und zur Vorlage richtiger Bilanzen beim Unternehmenskauf können den Verkäufer treffen. Nebenpflichten, deren Eingreifen, Umfang und Ausgestaltung ganz von den Umständen des einzelnen Vertrags abhängt, entziehen sich einer allgemeinen Regelung, sofern sie sich nicht darauf beschränken sollen, lediglich die Möglichkeit des Bestehens solcher Pflichten aufzuzeigen; dies erscheint nicht sinnvoll. Da im Übrigen gleichartige Nebenpflichten auch bei anderen Vertragstypen vorkommen, müsste der Standort einer entsprechenden Vorschrift im allgemeinen Teil des Rechts der Schuldverhältnisse sein. Im Kaufvertragsrecht die Vorschrift des § 444 mit ihrem kleinen Ausschnitt aus dem Kreis der Nebenpflichten des Verkäufers beizubehalten, ist deshalb nicht vorgesehen.

Zur Aufhebung des § 445

Gemäß dem derzeitigen § 445 gilt Kaufvertragsrecht auch für „kaufähnliche" Verträge, die auf die entgeltliche Veräußerung oder Belastung eines Gegenstandes - also etwa auf die Übertragung von Sachen oder Rechten auf Grund eines Gesellschaftsvertrags oder eines Auseinandersetzungsvertrags - gerichtet sind. Diese Regel erscheint selbstverständlich, zumal auch sonst im Bürgerlichen Gesetzbuch nicht ausdrücklich vorgeschrieben wird, dass z. B. das Mietvertragsrecht auf „mietähnliche“ Verträge (wie etwa den Leasing-Vertrag) oder das Werkvertragsrecht auf „werkvertragsähnliche“ Verträge entsprechend anzuwenden ist. Die Regel kann deshalb als entbehrlich entfallen.

Zu § 446

Der bisherige § 446 Abs. 1 geht in dem neuen § 445 RE auf. Nicht übernommen wird dagegen der bisherige § 446 Abs. 2. Er enthält eine Sonderregelung für den Gefahrübergang beim Grundstückskauf in dem Fall, dass der Käufer vor der ansonsten nach § 446 Abs. 1 maßgeblichen Übergabe als Eigentümer in das Grundbuch eingetragen wird. Dann ist die

Eintragung maßgeblich. Dasselbe gilt bei einem eingetragenen Schiff oder Schiffsbauwerk. Mit der Streichung dieser Vorschrift trägt auch beim Grundstückskauf der Käufer die Gefahr uneingeschränkt ab Übergabe des Grundstücks. Die geltende Regelung in § 446 Abs. 2 spielt in der Praxis keine Rolle, weil der Käufer nur in seltenen Fällen schon vor der Übergabe als Eigentümer in das Grundbuch eingetragen wird. Außerdem wird in Grundstücksverträgen regelmäßig eine besondere Vereinbarung über den Gefahrübergang getroffen. Im Übrigen erscheint es nicht in allen Fällen interessengemäß, dass der Käufer, der die Sachherrschaft über das Grundstück noch nicht erlangt hat, die Gefahr zufälliger Verschlechterungen vom Zeitpunkt seiner Eintragung an tragen soll.

Zu § 447

Der bisherige, den Gefahrübergang beim Versendungskauf betreffende § 447 wird in § 446 RE übernommen, allerdings mit einer Ausnahme beim Verbrauchsgüterkauf (vgl. § 474 Abs. 2 RE).

Zu den §§ 448 und 449

Die bisherigen §§ 448 und 449 sind in § 447 RE zusammengefasst, hinsichtlich des Kaufs eines eingetragenen Schiffs oder Schiffsbauwerks in Verbindung mit dem neuen § 452 RE.

Zur Aufhebung des § 450

Als Ergänzung zu den Vorschriften über den Gefahrübergang enthält derzeit § 450 eine Sonderregelung für die Frage, unter welchen Voraussetzungen der Verkäufer vom Käufer Ersatz für notwendige und sonstige Verwendungen verlangen kann, die er auf die bereits verkaufte Sache zu einem Zeitpunkt gemacht hat, in dem sie dem Käufer zwar noch nicht übergeben, die Gefahr jedoch bereits auf den Käufer übergegangen war. Die Vorschrift hat bisher in der Praxis keine erkennbare Bedeutung. Ihr Anwendungsbereich wird künftig durch die Streichung des bisherigen § 446 Abs. 2 noch weiter eingeschränkt. Sie erfasst dann neben dem Versendungskauf nur noch den Fall, in dem der Käufer mit der Abnahme der Ware in Verzug geraten ist und daher die Gefahr ihres zufälligen Untergangs oder ihrer zufälligen Verschlechterung trägt; ferner den Fall, in dem auf Grund einer Vereinbarung der Parteien die Gefahr schon vor Aushändigung der Ware auf den Käufer übergegangen ist. In all diesen Fällen wird sich eine Grundlage für den Anspruch des Verkäufers auf Verwendungsersatz dem Vertrag entnehmen lassen; soweit der Verkäufer Verwendungen auf eine Sache während des Zeitraums gemacht hat, in dem der Käufer mit ihrer Annahme in Verzug war, bieten

die Vorschriften über den Schuldner- und über den Gläubigerverzug eine ausreichende Anspruchsgrundlage. Die Vorschrift wird deshalb nicht in den Entwurf übernommen.

Zu § 451

Der bisherige § 451 geht in dem neuen § 453 Abs. 1 RE auf.

Zur Aufhebung des § 452

Mit der Übergabe (§ 445 Satz 1 RE) oder dem Annahmeverzug des Käufers (§ 445 Satz 3 RE) verbunden ist gemäß § 445 Satz 2 RE das Recht des Käufers auf die Nutzungen. Das geltende Recht knüpft hieran in § 452 die Verpflichtung des Käufers, den Kaufpreis, sofern ihn der Verkäufer nicht gestundet hat, zu verzinsen. Die Vorschrift beruht auf der Überlegung, dass der Käufer nicht gleichzeitig die Kaufsache und den (noch nicht gezahlten) Kaufpreis soll nutzen dürfen. Indessen leuchtet nicht ein, warum dies dem Käufer nicht gestattet sein soll, solange er mit der Zahlung des Kaufpreises nicht in Verzug ist. Der Verkäufer hat es in der Hand, durch Vereinbarung mit dem Käufer den Zeitpunkt festzuhalten, von dem ab der Kaufpreis verzinst werden soll; fehlt es an einer solchen Vereinbarung, so entscheiden die Regeln über den Schuldnerverzug, ob der Käufer Zinsen zu zahlen hat. Daneben besteht für einen Zinsanspruch wie derzeit gemäß § 452 kein Bedürfnis. Überdies gibt die Vorschrift dem Verkäufer die nicht erwünschte Möglichkeit, sich einen Zinsanspruch dadurch zu verschaffen, dass er die Übersendung der Rechnung hinauszögert.

Zur Aufhebung des § 453

Es ist Sache der Kaufvertragsparteien, die Höhe des geschuldeten Kaufpreises vertraglich zu vereinbaren. Auf ergänzende Auslegungsregeln zur Bestimmung des geschuldeten Kaufpreises wie sie das geltende Recht in § 453 enthält, kann dabei verzichtet werden. Diese Bestimmung betrifft den Fall, dass die Parteien als Kaufpreis den „Marktpreis“ vereinbart haben. Solche Vereinbarungen kommen in der Praxis kaum vor; wo sie vorkommen, ergibt sich aus den allgemeinen Regeln über die Vertragsauslegung (§§ 133, 157), was die Parteien mit der Vereinbarung eines „Marktpreises“ gemeint haben. § 453 soll deshalb aufgehoben werden.

Zur Aufhebung des § 454

§ 454 schließt das Rücktrittsrecht eines Verkäufers aus, der seine vertraglichen Pflichten erfüllt und dem Käufer den Kaufpreis gestundet hat. Der Vorschrift liegt der Gedanke zugrun-

de, dass der Verkäufer, der die verkaufte Ware ohne Vereinbarung eines Eigentumsvorbehalts unter Stundung des Kaufpreises vorgeleistet hat, es sich gefallen lassen muss, dass er nunmehr wie ein Kreditgläubiger behandelt, daher auf die Zahlungsklage beschränkt und ihm das Recht genommen wird, nach Rücktrittserklärung wieder an seine Ware heranzukommen. Entsprechendes gilt, wenn der Verkäufer ein Grundstück dem Käufer übergeben und es ihm aufgelassen, aber die Kaufpreiszahlung gleichzeitig gestundet hat.

Jedoch fehlt es an einem stichhaltigen Grund, der es rechtfertigen könnte, dass der Verkäufer für das Vertrauen, das er durch seine Vorleistung dem Käufer geschenkt hat, stets mit dem Entzug des Rücktrittsrechts bestraft wird. Das erscheint besonders dann nicht angemessen, wenn der Verkäufer sich deshalb zu einer Vorleistung bereit erklärt hat, weil er davon ausging, dass er, falls der Käufer nach Ablauf der Stundungsfrist nicht zahlt, nach der allgemeinen Regelung des bisherigen § 326 vom Vertrag werde zurücktreten und seine Ware oder sein Grundstück werde zurückverlangen können. Auch aus der Sicht des Käufers erscheint es nicht gerechtfertigt, dass er, wenn er die ihm übereignete Ware nicht bezahlt, sie deshalb auf Dauer soll behalten dürfen, weil ihm der Kaufpreis – und sei es auch nur für kurze Zeit – gestundet war. In der notariellen Praxis wird daher bei Grundstückskaufverträgen die Regelung des § 454 regelmäßig abbedungen. Die Rechtsprechung sucht unbillige Folgen dadurch zu vermeiden, dass sie § 454 als eine eng auszulegende Ausnahmevorschrift bezeichnet (RG, JW 1915, 11901 1191; BGH, JZ 1958, 167; BGH, NJW 1960, 1568). Im Schrifttum wird die Vorschrift meist als rechtspolitisch verfehlt angesehen (vgl. nur MünchKomm/Westermann § 454 Rdn. 1 m. w. N.). Sie soll deshalb gestrichen werden.

Zu den §§ 455 bis 458

Die bisherigen §§ 455 bis 458 finden sich jetzt in den §§ 448 bis 451 RE.

Zu den §§ 459 und 460

Die bisherigen §§ 459 und 460 gehen in den neuen §§ 434 und 442 RE auf.

Zur Aufhebung des § 461

Der bisherige § 461 bestimmt, dass der Verkäufer einen Mangel der verkauften Sache bei einem Pfandverkauf nicht zu vertreten hat. Die praktische Bedeutung dieser Regelung ist äußerst gering. Die Privilegierung des Pfandgläubigers als Verkäufer auf Grund eines Pfandrechts in öffentlicher Versteigerung ist nicht gerechtfertigt. Zwar hat der BGH (BGHZ 96, 214, 221) für einen gewerblichen Pfandleiher den Schutz des bisherigen § 461 als richtig be-

zeichnet („wegen der mit der Verwertung eines Pfandes verbundenen besonderen Interessenlage vor der Haftung für einen Fehler der Sache"), allerdings zu verstehen gegeben, dass dies nur gelten kann „vorbehaltlich abweichender Beurteilung bei Fällen der Arglist und der unerlaubten Handlung". Da nach dem bisherigen § 461 die Haftung für zugesicherte Eigenschaften unberührt bleibt, bleiben für den Anwendungsbereich der Vorschrift die seltenen Fälle, in denen dem Pfandleiher der Sachmangel nicht bekannt ist und die Haftung auch nicht durch die Versteigerungsbedingungen ausgeschlossen ist.

Soweit Gegenstand der Versteigerung neue Sachen sind, wäre eine derartige Einschränkung der Sachmängelhaftung beim Verbrauchsgüterkauf auch nicht mit der Richtlinie zu vereinbaren. Lediglich für gebrauchte Güter gibt Artikel 1 Abs. 3 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie den Mitgliedsstaaten die Möglichkeit, sie vom Anwendungsbereich der Richtlinie dann auszunehmen, wenn sie in einer öffentlichen Versteigerung verkauft werden, bei der die Verbraucher die Möglichkeit haben, dem Verkauf persönlich beizuwohnen. Aus den oben genannten Gründen soll hiervon jedoch kein Gebrauch gemacht werden. Damit verbleibt es lediglich für die im Wege der Zwangsvollstreckung veräußerten Gegenstände bei dem Gewährleistungsausschluss in § 806 ZPO bzw. § 56 Satz 3 ZVG. Insoweit greift die Ausnahme in Artikel 1 Abs. 2 Buchstabe b erster Spiegelstrich der Richtlinie ein. Dies ist durch den hoheitlichen Charakter der Maßnahmen gerechtfertigt.

Zur Aufhebung der §§ 462 und 463

Die bisherigen § 462 und 463 werden durch das neue Kaufrecht abgelöst. Die Rechte des Käufers bei Lieferung einer mangelhaften Sache sind nun in § 437 RE genannt.

Zur Aufhebung des § 464

Die Schuldrechtskommission hatte in einem § 443 ihres Vorschlags die Übernahme des derzeitigen § 464 vorgesehen. Danach sollten dem Käufer auch dann keine Rechte wegen eines Sachmangels zustehen, wenn er die Sache als Erfüllung annimmt und einen Sachmangel nicht rügt, den er kennt. Während es nach dem bisherigen § 460 ebenso wie nach dem neuen § 442 Abs. 1 auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses ankommt, hätte diese Regelung Bedeutung für die Kenntnis, die der Käufer zwischen Vertragsschluss und Übergabe der Kaufsache erlangt.

Eine solche Regelung wäre mit Artikel 2 Abs. 3 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie nicht zu vereinbaren. Danach kommt es allein auf die Kenntnis im Zeitpunkt des Vertragsschlusses an. § 443 des Kommissionsentwurfs hätte aber einen Fall geregelt, in dem - darüber hinaus-

gehend – die Rechte des Käufers wegen eines Sachmangels auch bei späterer Kenntniserlangung ausgeschlossen wären. Das wäre eine Schlechterstellung des Verbrauchers gegenüber der Richtlinie, die nach der Richtlinie nicht zulässig ist. An dieser Schlussfolgerung sind Zweifel geäußert worden (Jorden, Verbrauchergarantien, 2001, S. 218). Diese sind aber nicht begründet. Die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie sieht in Artikel 2 Abs. 3 einen Haftungsausschluss nur für den Fall vor, dass der Käufer bei Vertragsschluss den Mangel kannte oder vernünftigerweise hätte kennen können. Nach Vertragsschluss kann es zu einem Haftungsausschluss nur kommen, wenn ein Mitgliedstaat von der Ermächtigung nach Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie Gebrauch macht und eine Rügepflicht einführt (Rieger, VuR 1999, 2987, 290). Es ist erwogen worden, die Vorschrift für andere als Verbrauchsgüterkäufe beizubehalten. Davon ist aber abgesehen worden.

Auf die Vorschrift kann nämlich außerhalb des Verbrauchsgüterkaufs verzichtet werden. Sie hat in der bisherigen Fassung des § 464 in der Praxis keine große Bedeutung erlangt. Beim bisherigen § 464 kommt es auf Kenntnis an; fahrlässige, auch grob fahrlässige Unkenntnis genügt nicht (Erman/Grunewald, § 464 Rdn. 3; MünchKomm/Westermann, § 464 Rdn. 5). Die Anforderungen sind hoch (BGH, NJW 1992, 170, 171) und greifen nur ausnahmsweise ein. Im Übrigen kann im Einzelfall mit der rügelosen Entgegennahme einer als mangelhaft erkannten Sache eine den ursprünglichen Vertrag ändernde Vereinbarung über die Beschaffenheit der Sache verbunden sein. Abgesehen von derartigen Fällen ändert auch das Unterlassen einer Rüge nichts daran, dass der Verkäufer seine Pflicht aus dem Kaufvertrag zur Übereignung einer mangelfreien Sache verletzt hat. Der Käufer sollte deshalb auch außerhalb des Verbrauchsgüterkaufs mit seinen Gewährleistungsansprüchen nicht ohne weiteres ausgeschlossen werden.

Zur Aufhebung der §§ 465 bis 480

Die bisherigen §§ 465 bis 467 und die §§ 469 bis 471 werden durch die Anwendung des Rücktrittsrechts entbehrlich. Dadurch erübrigen sich eigene Regelungen über die Wandelung im Kaufrecht. Der bisherige § 468 über die Zusicherung einer bestimmten Größe eines Grundstücks ist entbehrlich, weil das Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft keine eigenständige Kategorie des Sachmangels mehr darstellt. Die bisherigen §§ 472 bis 475 über die Minderung werden durch den neuen § 441 RE abgelöst. Der bisherige § 476 geht in dem neuen § 444 RE auf.

Der durch das AGB-Gesetz eingefügte § 476a gilt nur für Kaufverträge, bei denen anstelle des Rechts des Käufers auf Wandelung oder Minderung ein Recht auf Nachbesserung ein-

geräumt ist. Nach § 439 steht dem Käufer die Nachbesserung nunmehr als gesetzlicher Anspruch, als eine Art der Nacherfüllung zu. Dort ist in § 439 Abs. 2 auch eine Regelung zu der Frage enthalten, wer die zum Zweck der Nacherfüllung erforderlichen Aufwendungen zu tragen hat. Der bisherige § 476a geht in dieser Bestimmung auf.

Die die Verjährung der Gewährleistungsansprüche betreffenden bisherigen §§ 477 bis 479 werden durch die neue Verjährungsregelung in § 438 RE ersetzt. Der bisherige § 480 Abs. 1 geht in dem neuen § 439 RE insofern auf, als danach der Käufer als eine Art der Nacherfüllung auch die Nachlieferung verlangen kann. Der den Schadensersatzanspruch des Käufers beim Gattungskauf regelnde § 480 Abs. 2 ist als Sonderregel im Kaufrecht neben den §§ 437, 440 in Verbindung mit den allgemeinen Vorschriften überflüssig.

Zur Aufhebung der §§ 481 bis 492 (Viehkauf)

Ausgangslage

Das Bürgerliche Gesetzbuch regelt die Gewährleistung des Verkäufers für Mängel beim Verkauf von bestimmten Tieren in den §§ 481 bis 492 abweichend von der Gewährleistung beim Kauf anderer beweglicher Sachen, wonach der Verkäufer grundsätzlich für jeden verborgenen und erheblichen Fehler haftet, mit dem die Sache im Zeitpunkt des Gefahrübergangs behaftet ist (sogenanntes römischrechtliches Prinzip). Der Verkäufer von Pferden, Eseln, Mauleseln, Maultieren, von Rindvieh, Schafen und Schweinen haftet dagegen nur für bestimmte sogenannte Hauptmängel und nur dann, wenn diese sich innerhalb bestimmter Gewährfristen zeigen (§ 482, sogenanntes deutschrechtliches Prinzip). Die Hauptmängel mit den zugehörigen Gewährfristen sind in der Verordnung betreffend die Hauptmängel und Gewährfristen beim Viehkauf (sogenannte Viehmängelverordnung) vom 27. März 1899 (Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 402-3) aufgeführt. Der Käufer kann grundsätzlich nur Wandelung, nicht aber Minderung verlangen (§ 487). Seine Rechte erlöschen, wenn er nicht spätestens zwei Tage nach Ablauf der Gewährfrist den Mangel angezeigt hat (§ 485). Der Anspruch auf Wandelung verjährt in 6 Wochen vom Ende der Gewährfrist an (§ 490).

Vor 1900 wichen die Landesrechte beim Tierkauf selbst in den Grundprinzipien voneinander ab. So galt in einzelnen Staaten ein rein römischrechtliches, in einigen weiteren Staaten ein teilweise modifiziertes römischrechtliches und dagegen in anderen Staaten ein deutschrechtliches System. Auch die Ansichten der tierärztlichen Wissenschaftler gingen weit auseinander. Von tierärztlicher Seite hatte man sich bereits weit vor 1900 mehrfach gegen das

deutschrechtliche Prinzip ausgesprochen, wenn auch insoweit keine Einstimmigkeit bestand. Mit der Sonderregelung der §§ 481 bis 492 und der Viehmängelverordnung von 1899 hat der Gesetzgeber dann für den Bereich des Viehkaufs auf der einen Seite die Rechtssicherheit erhöhen und Prozesse abschneiden, auf der anderen Seite eine den Bedürfnissen und der Förderung des Viehhandels und damit zugleich der Viehzucht besonders dienende Regelung treffen wollen. Der Besonderheit des Handels mit lebenden Organismen sollte damit Rechnung getragen werden. Beim Viehgewährschaftsrecht kann im konkreten Fall in der Regel nur der sachverständige Gutachter klären, ob das Tier mit einem Mangel behaftet ist und ob dieser Mangel bei der Übergabe diese Tieres an den Käufer bereits vorlag. Die mit derartigen Beweisschwierigkeiten verbundene Rechtsunsicherheit ließ den Gesetzgeber von 1900 die Sondervorschriften des Viehgewährschaftsrechts gerechtfertigt erscheinen (Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, II. Band, 1899, Seiten 134 ff., 138).

Novellierungsbedarf

Schon kurz nach Inkrafttreten des Viehgewährschaftsrechts des Bürgerlichen Gesetzbuchs wurde die Forderung erhoben, dieses Recht zu novellieren. So wurde bereits 1906 für Schlachttiere eine Änderung dahin verlangt, in die Hauptmängelliste insbesondere die Rinderfinne aufzunehmen, da diese mehr als zehnmal so häufig bei Schlachttieren gefunden wurde wie die als Hauptmangel anerkannte Schweinefinne. 1937 wurde dann das Preußische Landesveterinäramt von dem Reichs- und Preußischen Minister des Innern ersucht, Stellung zu der Frage zu nehmen, ob die Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs über die Mängelhaftung beim Tierkauf auf Grund der Erfahrungen aus der tierärztlichen Sachverständigentätigkeit noch den Belangen der Tierhalter gerecht werden, oder in welcher Weise sie zweckentsprechend zu ändern sind. Das Landesveterinäramt kam unter anderem zu dem Ergebnis, dass die §§ 481 bis 492 und damit auch die Viehmängelverordnung von 1899 gestrichen werden sollten. Für den Viehkauf sollte ein modifiziertes römischrechtliches System eingeführt werden. Im Jahre 1959 wurde vom Bundesminister für Ernährung, Landwirtschaft und Forsten ein Sachverständigenausschuss gebildet, der die sachlichen Voraussetzungen für eine neue Viehmängelverordnung ausarbeiten sollte.

Die Arbeiten des Sachverständigenausschusses und eines eigens für die Überprüfung des Tierkaufrechts gebildeten Unterausschusses des beim Bundesminister für Ernährung, Landwirtschaft und Forsten bestehenden Veterinärausschusses - ständiger Ausschuss der leitenden Veterinärbeamten der Länder - führten im Jahre 1967 zu einem Diskussionsentwurf eines Gesetzes zur Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs über den Tierkauf. Nach diesem

Entwurf sollte die Haftung des Verkäufers nicht mehr allein auf Hauptmängel beschränkt sein. Vielmehr sollte der Verkäufer grundsätzlich für jeden erheblichen und verborgen gebliebenen Mangel haften, für bestimmte Mängel allerdings nur, wenn sie sich innerhalb bestimmter Gewährfristen zeigen. Diese - auf bestimmte Tierarten beschränkten - Mängel sollten nicht in das Gesetz aufgenommen werden. Damit wollte man eine schnelle Anpassung an die wissenschaftlichen Erkenntnisse und die Notwendigkeit der Praxis ermöglichen. Ein derartiges gemischtes System (römischrechtliches Prinzip mit Beweiserleichterungen für den Käufer) besteht seit dem 1. Januar 1973 in Österreich (§§ 922 ff. des Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuchs in Verbindung mit der Verordnung des Bundesministers für Justiz vom 28. November 1972 über die Vermutungsfristen bei Tiermängeln, Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich vom 29. Dezember 1972, Seiten 3893 f.). Die Beratungen mit den tierärztlichen Forensikern und Wissenschaftlern in den genannten Ausschüssen führten in der Folgezeit zu der Erkenntnis, dass auch die in dem Entwurf von 1967 vorgesehene Mängelliste nicht mit hinreichender wissenschaftlicher Begründung erstellt werden konnte. Daher wurde 1974 ein neuer Diskussionsentwurf erstellt, der eine vollständige Abkehr vom deutschrechtlichen Prinzip vorsah.

Eine erneute - im Juni 1981 durchgeführte - Anhörung von Wissenschaftlern der Tiermedizin kam zu demselben Ergebnis. Die Wissenschaftler vertreten übereinstimmend die Auffassung, dass das Viehgewährschaftsrecht in seiner heutigen Form nicht nur überholt, sondern auch nicht mehr verbesserungsfähig ist. Auf der einen Seite treten die in der Hauptmängelliste aufgeführten Krankheiten heute so gut wie nicht mehr auf. Auf der anderen Seite haben aber Mängel, die im Katalog der Viehmängelverordnung keine Aufnahme gefunden haben, erheblich an Bedeutung gewonnen. Ihnen ist von Verkäuferseite aus nicht überall mit der gleichen Aufmerksamkeit entgegengetreten worden, die gegenüber den die Viehgewährleistung auslösenden Hauptmängeln angewendet wurde.

Reformunfähigkeit des Viehgewährschaftsrechts

Von den in der Viehmängelverordnung aufgeführten Hauptmängeln kommen nach übereinstimmenden Angaben der Wissenschaftler einige Krankheiten praktisch nicht mehr vor - Rotz, tuberkulöse Erkrankung und Lungenseuche - und andere nur noch sehr selten oder selten - Dumkoller, periodische Augenentzündung, Räude, Trichinen und Finnen (bei Schweinen). Dämpfigkeit, Koppen und allgemeine Wassersucht haben heute keine Bedeutung mehr. Der Rotlauf kommt zwar noch vor, führt aber kaum zum Rechtsstreit, da er leicht erkennbar ist. Schweineseuche ist schon als Begriff abzulehnen, da es sich um einen nicht einwandfrei definierten Komplex von Krankheiten unterschiedlicher Genese handelt. Im

Viehseuchengesetz wurde der Begriff Schweineseuche schon 1940 durch den Begriff Schweinepest und ansteckende Schweinelähme (Teschener Krankheit) ersetzt. Damit tritt von den in der Viehmängelverordnung aufgeführten Hauptmängeln allein das Kehlkopfpfeifen bei Pferden noch in nennenswertem Umfang beim Viehkauf in Erscheinung.

Fehlen aller wesentlichen Erkrankungen

In der Viehmängelverordnung fehlen dagegen die heute wirtschaftlich bedeutsamen Erkrankungen. Dazu zählen bei allen in Frage kommenden Tieren Fruchtbarkeitsstörungen und zusätzlich beim Pferd insbesondere chronische Lahmheiten und chronische Herz- und Lungenerkrankungen, beim Rind insbesondere infektiöse Atemwegserkrankungen und chronische Eutererkrankungen und beim Schwein insbesondere Muskelerkrankungen, ferner die als Fehler zu bewertende Eigenschaft als Binneneber. Bei allen Jungtieren treten häufig infektiöse Atemwegserkrankungen und infektiöse Magen- und Darmerkrankungen auf. Eine weitere Gruppe von Mängeln, die bei der Schaffung des Bürgerlichen Gesetzbuchs praktisch noch keine Rolle spielte, hat in den letzten Jahren erheblich an Bedeutung zugenommen. Für Tiere, deren Fleisch dazu bestimmt ist, vom Menschen verzehrt zu werden, bestehen unter dem Gesichtspunkt des Schutzes der menschlichen Gesundheit hohe Anforderungen hinsichtlich der Zuführung oder des Vorhandenseins bestimmter problematischer Stoffe wie Zusatzstoffe, Pflanzenschutz- oder sonstiger Mittel oder Stoffe mit pharmakologischer Wirkung. Ist das Fleisch eines Tieres wegen unzulässiger Gehalte an derartigen Stoffen als Lebensmittel nicht verkehrsfähig oder nicht verwendbar und hatte das Tier diese unzulässigen Gehalte bei der Übergabe vom Verkäufer an den Käufer, so handelt es sich um einen Mangel des Kaufgegenstandes.

Das Problem kann auch nicht durch eine schlichte Ergänzung der Liste der Hauptmängel gelöst werden. Jede Liste hat den Nachteil, dass neu auftretende, bislang nicht erfasste Erkrankungen nicht zu einer Haftung des Verkäufers führen, ohne dass sich dies sachlich begründen ließe. Erwähnt sei nur die Rinderseuche BSE, die nicht zu den Hauptmängeln gehört. Sie war 1899 noch nicht bekannt. Auch die heute verbreitete Maul- und Klauenseuche gehört nicht zu den gesetzlich anerkannten Viehmängeln.

Fehlende Grundlage für Gewährfristen

Die jeweiligen Gewährfristen in der Viehmängelverordnung entbehren einer hinreichenden fachwissenschaftlichen Grundlage. Nach heutigen Erkenntnissen ist die Angabe einheitlicher Gewährfristen tiermedizinisch nicht vertretbar. So schwankt z. B. die Inkubationszeit bei In-

fektionskrankheiten erheblich. Selbst bei dem einzigen heute noch in nennenswertem Umfang auftretenden Hauptmangel der Viehmängelverordnung - dem Kehlkopfpfeifen - kann keine generelle Frist festgelegt werden, da die Genese zu unterschiedlich ist. Auch z. B. bei der chronischen Lahmheit hängt die Entwicklung sehr erheblich von der Art und Ursache der Erkrankung, dem Erhaltungszustand, der Haltung und der Beanspruchung des Tieres ab.

Erfasste Tiere

Im Übrigen ist der Katalog des von den §§ 481 ff. erfassten Viehs zweifelhaft: Mit den in § 481 genannten Tieren sollten die um 1900 wichtigsten Nutztiere erfasst werden. Damals gehörten auch Pferde und Esel dazu. Heute werden diese jedoch überwiegend als Liebhabertiere gehalten. Gründe, aus denen der Käufer dieser Liebhabertiere anders, nämlich erheblich schlechter, zu behandeln sein müsste als der Käufer anderer Liebhabertiere (Hunde, Katzen), gibt es nicht. Darüber hinaus ist nicht ersichtlich, warum andere Nutztiere (z. B. Hühner) von der Viehmängelhaftung ausgenommen werden.

Anwendung des allgemeinen Kaufrechts

Die Sachmängelhaftung kann sich ohne weiteres auch beim Viehkauf nach den neu gefassten §§ 433 ff. richten (Medicus, ZIP 1996, 1925, 1930). Mit den heutigen wissenschaftlichen Methoden dürfte in den meisten Fällen festzustellen sein, ob ein Mangel, insbesondere eine Erkrankung, bereits bei Gefahrübergang vorhanden war oder ob sich das betreffende Tier erst später – z. B. im Viehbestand des Käufers – angesteckt hat. Wo das nicht eindeutig feststellbar ist, geht dies im Prozess zu Lasten des insoweit beweisbelasteten Käufers. Je später eine Krankheit ausbricht, desto schwieriger wird für diesen der Beweis zu führen sein, dass das Tier bereits bei Lieferung infiziert war. Unsichere Fälle sind nach diesen Grundsätzen ohnehin zum Nachteil des Käufers zu entscheiden. Einer darüber hinausgehenden Entlastung des Verkäufers, wie sie das Bürgerliche Gesetzbuch derzeit vorsieht, bedarf es nicht. Das gilt auch hinsichtlich der Verjährungsfrist für die aus dem Sachmangel folgenden Ansprüche, die auch für den Tierkauf angemessen ist.

Zur Aufhebung des § 493

Gemäß dem bisherigen § 493 gilt Kaufgewährleistungsrecht auch für „kaufähnliche" Verträge, die auf die entgeltliche Veräußerung oder Belastung eines Gegenstandes gerichtet sind. Diese Regel entspricht damit dem bisherigen § 445, der den Anwendungsbereich der bishe-

rigen §§ 433 bis 444 betrifft. Sie ist aus den bereits zu § 445 ausgeführten Gründen überflüssig und soll gestrichen werden.

Zur Aufhebung des § 494

Der bisherige § 494 ist entbehrlich. Die Vorschrift betrifft den Kauf nach Probe und nach Muster. Soweit danach die Beschaffenheit einer Probe oder eines Musters als vereinbart anzusehen ist, lässt sich dieses Ergebnis problemlos bereits aus § 434 Abs. 1 ableiten. Wenn ein Muster oder eine Probe vor oder bei dem Vertragsschluss nicht nur zu Werbezwecken vorgelegen hat, sondern zur Darstellung und Festlegung der Eigenschaften der Kaufsache, kann es nicht zweifelhaft sein, dass die Beschaffenheit des Musters oder der Probe als Beschaffenheit der verkauften Sache vereinbart worden ist und dass dementsprechend eine Abweichung von dem Muster oder der Probe in der Beschaffenheit einen Sachmangel darstellt.

Nach dem bisherigen § 494 folgt aus einem Kauf nach Muster oder Probe nicht nur eine Beschaffenheitsvereinbarung, sondern vor allem eine Eigenschaftszusicherung, die den Schadensersatzanspruch nach dem bisherigen § 463 eröffnet. Mit diesem Inhalt kann die Vorschrift nicht unverändert bestehen bleiben, weil eine besondere Regelung der Haftung für zugesicherte Eigenschaften im Kaufrecht entfallen soll. Ob der Verkäufer auch ohne Verschulden für Sachmängel Schadensersatz zu leisten hat, ergibt sich aus der allgemeinen Bestimmung über das Vertretenmüssen in § 276 Abs. 1 Satz 1 RE. Aus dem Inhalt des einzelnen Vertrags soll abgeleitet werden, ob der Verkäufer einen Sachmangel, der sich aus einer Abweichung der verkauften Sache von der Beschaffenheit der Probe oder des Musters ergibt, zu vertreten hat. Übernimmt der Verkäufer mit einer Zusicherung eine Garantie für das Vorhandensein bestimmter Eigenschaften der Kaufsache, so ist insoweit aus dem Inhalt des Schuldverhältnisses ein strengerer, nämlich verschuldensunabhängiger Haftungsmaßstab zu entnehmen, vgl. § 276 Abs. 1 Satz 1 RE. Eine ausdrückliche gesetzliche Regelung des Kaufs nach Probe ist jedoch nicht notwendig, sie wäre auch für die Rechtsanwendung nicht hilfreich.

Auch in der jetzigen Form erleichtert § 494 in Wahrheit die Rechtsanwendung nicht. Die vorgesehene Rechtsfolge kann ganz oder teilweise abbedungen werden, auch konkludent (vgl. MünchKomm/Westermann, § 494 Rdn. 4 ff.). Deshalb muss, wenn beim Vertragsschluss eine Probe oder ein Muster eine Rolle gespielt hat, doch im Einzelfall jeweils besonders festgestellt werden, ob es sich um einen Kauf nach Probe oder Muster gehandelt hat, ob und welche Eigenschaften zugesichert werden sollten und wie weit die Haftung des Verkäufers

reichen sollte. Solche individuellen Feststellungen können auch ohne Sondervorschrift mit derselben Zuverlässigkeit getroffen werden. Es ist deshalb sachgerecht, auf die Sondervorschrift zu verzichten. So wird von vornherein der unzutreffende Eindruck vermieden, der Verkäufer hafte strenger, wenn bei dem Kauf eine Probe oder ein Muster vorgelegen hat.

Zu den §§ 495 bis 514

Die Vorschriften sind in den §§ 454 bis 473 RE übernommen worden.

Erläuterung der neuen Vorschriften

Zu Titel 1 – Kauf, Tausch

Zu Untertitel 1 – Allgemeine Vorschriften

Zu § 433 – Vertragstypische Pflichten beim Kaufvertrag

Vorbemerkung

In der einleitenden Vorschrift des Kaufrechts sind zur Kennzeichnung des Wesens des Kaufvertrags die grundlegenden Pflichten des Verkäufers und des Käufers festzulegen. § 433 RE enthält in Absatz 1 Satz 1 die Verpflichtung des Verkäufers einer Sache zur Übergabe und Eigentumsverschaffung sowie in Absatz 2 die Verpflichtung des Käufers zur Zahlung des Kaufpreises und Abnahme der Sache. Absatz 1 Satz 2 nennt derzeit für den Fall des Rechtskaufs die besondere Ausprägung der Verkäuferpflichten: Rechtsverschaffung und Übergabe, wenn das Recht zum Besitz einer Sache berechtigt.

Die bisherige Regelung hat sich als grundsätzlich gut geeignet erwiesen. Sie erfasst allerdings in Absatz 1 mit Sachen und Rechten die möglichen Vertragsgegenstände nicht vollständig. Der Kaufvertrag ist ein geeigneter Vertragstyp auch für die entgeltliche dauerhafte Übertragung anderer Vermögenswerte, z. B. von Sach- und Rechtsgesamtheiten, insbesondere von Unternehmen und Unternehmensteilen sowie freiberuflichen Praxen; Elektrizität und Fernwärme; (noch) ungeschützten Erfindungen, technischem Know-how, urheberrechtlich nicht geschützter Software; Werbeideen; Adressen. Auf solche Gegenstände werden bisher die Vorschriften über den Kauf von Sachen und Rechten entsprechend angewendet, wobei die Abgrenzung im einzelnen allerdings Schwierigkeiten bereitet.

Zu Absatz 1 Satz 1 und Absatz 2

Der Entwurf übernimmt die bisherigen Vorschriften des Absatzes 1 Satz 1 und des Absatzes 2 unverändert. Sie enthalten eine sachgerechte und bewährte Regelung.

Zu Absatz 1 Satz 2

In § 433 Abs. 1 S. 2 RE sollen weitere Verkäuferpflichten geregelt werden: Das Leistungsstörungsrecht soll nun die Verletzung einer Pflicht als zentralen Anknüpfungspunkt enthalten (vgl. § 280 Abs. 1 RE). Es ergibt sich für den Kaufvertrag deshalb die Frage, was von der Leistungspflicht des Verkäufers erfasst wird. Dies gilt auch insoweit, als der Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung gemäß § 281 Abs. 1 RE oder das Rücktrittsrecht aus § 323 Abs. 1 RE eine nicht vertragsgemäße Leistung voraussetzt, denn auch hier stellt der Umfang der vertraglichen Leistungspflichten den Maßstab für die Vertragsgemäßheit der Leistung dar. Erschöpft sich beim Stückkauf die Pflicht des Verkäufers in der Übergabe und Übereignung der gekauften Sache und umfasst sie nicht auch die tatsächlichen und rechtlichen Eigenschaften, so können tatsächliche und rechtliche Mängel keine Rechtsfolgen nach sich ziehen, die eine Pflichtverletzung bzw. eine nicht vertragsgemäße Leistung zur Voraussetzung haben.

Aus Sach- und Rechtsmängeln müssen sich Rechtsfolgen zum Ausgleich des gestörten Äquivalenzverhältnisses ergeben. Wenn sie sich nicht aus dem Tatbestand der Pflichtverletzung ableiten lassen, muss eine andere Anknüpfung gewählt werden, etwa als gesetzliche oder (auch stillschweigend) vereinbarte Garantie oder als Gewährleistungshaftung auf Grund der objektiv gegebenen Abweichung vom Soll-Zustand.

Sofern die Mangelfreiheit der Kaufsache nicht zu den Leistungspflichten des Verkäufers gerechnet wird, können sich Probleme aus der Abgrenzung der besonderen Mängelhaftung von den Vorschriften des allgemeinen Leistungsstörungsrecht ergeben.

Für den Bereich der Rechtsmängel bestimmt § 434 derzeit, dass der Verkäufer verpflichtet ist, den Kaufgegenstand frei von Rechten Dritter zu verschaffen. Eine vergleichbare Regelung fehlt im Bürgerlichen Gesetzbuch für Sachmängel. Beim Gattungskauf liegt dem derzeitigen § 480 Abs. 1 zwar die Vorstellung zugrunde, dass der Käufer einen Anspruch auf Lieferung einer mangelfreien Sache hat. Für den Stückkauf findet sich jedoch keine derartige Bestimmung. Die bisherigen §§ 459 ff. knüpfen die Gewährleistungsansprüche des Käufers nicht an die Verletzung einer Pflicht zur Lieferung einer mangelfreien Sache, sondern an das Vorhandensein eines Mangels und - beim Schadensersatzanspruch - zusätzlich an die Arg-

list des Verkäufers oder an das Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft. Ob dies den Schluss zulässt, das Fehlen von Sachmängeln gehöre nicht zur Leistungspflicht des Verkäufers oder ob sie sich auch hierauf erstreckt und nur die Rechtsfolgen abweichend vom allgemeinen Leistungsstörungsrecht geregelt sind, ist umstritten (vgl. Staudinger/ Honsell, Rdn. 5 ff. vor § 459; MünchKomm/Westermann, § 459 Rdn. 2 ff., jeweils m. w. N.).

Das gegenwärtige Gewährleistungsrecht für Sachmängel hängt eng zusammen mit dem Umstand, dass das Bürgerliche Gesetzbuch die Fehlerfreiheit der Kaufsache nicht zum Inhalt der Leistungspflicht des Käufers erklärt hat. Die Pflichtverletzung, die schon im allgemeinen Leistungsstörungsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs eine wichtige Rolle spielt und die nach dem Entwurf insoweit noch an Bedeutung gewinnen soll, ist für die geltende Sachmängelgewährleistung nicht von Belang. Sachmängelhaftung und allgemeines Leistungsstörungsrecht stellen damit derzeit voneinander unabhängige und nicht aufeinander abgestimmte Haftungssysteme dar.

Die Rechtsmängelhaftung weist zwar geringere Unterschiede gegenüber dem allgemeinen Leistungsstörungsrecht auf, ist aber doch nicht voll integriert: Da der Verkäufer anfängliches Unvermögen auch ohne Verschulden zu vertreten hat, handelt es sich im Ergebnis zumeist um eine verschuldensunabhängige Garantiehaftung.

Das Nebeneinander unterschiedlicher Haftungssysteme im allgemeinen Teil des Rechts der Schuldverhältnisse und im Recht der Gewährleistung beim Kauf führt zu nicht geringen Problemen in der Rechtsanwendung. Die Beschränkung des Schadensersatzanspruchs nach dem bisherigen § 463 auf das Fehlen zugesicherter Eigenschaften und auf arglistiges Verhalten des Verkäufers führt zu der Frage, ob die nicht kodifizierten Rechtsinstitute des Verschuldens bei Vertragsanbahnung und der positiven Forderungsverletzung neben den Gewährleistungsvorschriften anwendbar sind. Während die Rechtsprechung Schadensersatzansprüche aus Verschulden bei Vertragsanbahnung wegen fahrlässig falscher Angaben zur Beschaffenheit der Kaufsache als durch die Gewährleistungsvorschriften ausgeschlossen ansieht (BGHZ 60, 319, 320; BGH NJW 1992, 2564), lässt sie solche Ansprüche bei falschen Angaben über Umsatzzahlen und Bilanzbestandteile beim Unternehmenskauf zu, indem sie derartige Tatsachen nicht als Eigenschaften des Unternehmens behandelt (BGH NJW 1970, 653; 1977, 1536 und 1538; ferner in NJW 1990, 1659; NJW-RR 1989, 307). Schadensersatzansprüche auf Grund positiver Forderungsverletzung billigt die Rechtsprechung zwar auch insoweit zu, als Eigenschaften der Kaufsache die Schadensursache bilden, jedoch nur für den Mangelfolgeschaden, nicht für den eigentlichen Mangelschaden (BGH, NJW 1965, 532; BGHZ 77, 215, 217). Das führt zu der Notwendigkeit, Mangelschaden und

Mangelfolgeschaden gegeneinander abzugrenzen, was nicht in überzeugender Weise gelingen kann.

Das Nebeneinander von Schadensersatzansprüchen wegen Fehlens zugesicherter Eigenschaften und wegen positiver Vertragsverletzung führt außerdem zu Problemen bei der Verjährung. Wenngleich Ansprüche aus positiver Forderungsverletzung grundsätzlich der dreißigjährigen Verjährung des bisherigen § 195 unterliegen, wendet die Rechtsprechung auf Schadensersatzansprüche aus positiver Forderungsverletzung die kurze Verjährung des § 477 entsprechend an, soweit sie mit Sachmängeln zusammenhängen (BGHZ 60, 9, 11; 77, 215, 219; 87, 88, 93). Die kurze sechsmonatige Verjährungsfrist führt nicht selten zu dem Nachteil, dass Schadensersatzansprüche bereits verjährt sind, ehe ein Mangel zutage getreten ist oder sogar bevor überhaupt ein Schaden entstanden ist. Der BGH hat deshalb eine Rechtsfortbildung in dem Sinne erwogen, in solchen Fällen die kurze Verjährungsfrist erst zu einem späteren Zeitpunkt beginnen zu lassen (BGHZ 60, 9, 13 f.; WM 1978, 328; NJW 1978, 2241), hat jedoch schließlich entschieden, eine solche Lösung sei nur dem Gesetzgeber möglich (BGHZ 77, 215, 222).

Die einheitlichen Kaufrechte sehen den Verkäufer als verpflichtet an, mangelfreie Ware zu liefern (Artikel 19 Abs. 1, Artikel 33 EKG; Artikel 35 Abs. 1 UN-Kaufrecht). Sie können daran ohne dogmatische Schwierigkeiten das Prinzip der Verpflichtung zur Nacherfüllung anschließen (Artikel 42 Abs. 1 EKG, Artikel 46 Abs. 2 und 3 UN-Kaufrecht).

Die Probleme des geltenden Rechts, die nicht nur dogmatischer Art sind, sondern in der Rechtsprechung zum Teil zu äußerst bedenklichen Ergebnissen führen, lassen sich nur lösen, wenn die Haftung für Sachmängel grundsätzlich in das System des allgemeinen Leistungsstörungsrechts einbezogen wird. Dies macht es notwendig, auch beim Stückkauf die Pflichten des Verkäufers auf die Sachmängelfreiheit zu erstrecken. Der Vorschlag wird allgemein begrüßt (Ehmann/Rust, JZ 1999, 83, 856; Rust, Das kaufrechtliche Gewährleistungsrecht, 1997 S. 47 ff., 53; Zimmer in: Ernst/Zimmermann, 191 ff., 197, Westermann in: Schulze/Schulte-Nölke, S. 115 ff., 17 f.; auch Ernst/Gsell, ZIP 2000, 1410, 1414 gehen hiervon aus). Dadurch wird die Lieferung einer mangelhaften Sache zu einer Verletzung einer vertraglichen Pflicht, an die sich - nicht anders als im allgemeinen Leistungsstörungsrecht - die Rechtsfolgen Rücktritt (anstelle der Wandelung) und Schadensersatz anschließen, außerdem als kaufrechtliche Besonderheit die Minderung.

Wenn die Lieferung einer mit Sachmängeln behafteten Sache als Verletzung einer Vertragspflicht eingeordnet wird, lassen sich hieraus ohne dogmatische Hindernisse ein Recht des

Verkäufers auf Nachbesserung oder Ersatzlieferung und ein Anspruch des Käufers auf Nacherfüllung herleiten.

Nacherfüllung ist nicht bei jedem Stückkauf möglich. Ein als unfallfreies Fahrzeug verkaufter Unfallwagen ist durch keine Anstrengung unfallfrei zu machen. Bei nicht vertretbaren Kaufsachen scheidet auch die Ersatzlieferung aus. Ein gefälschtes Gemälde, das als echt verkauft worden ist, kann weder nachgebessert noch durch ein echtes Bild ersetzt werden. Dieser Umstand schließt aber nicht aus, beim Stückkauf die Freiheit von Sachmängeln ausnahmslos zur Leistungspflicht des Verkäufers zu rechnen. Der Verkäufer verpflichtet sich dann zwar u. U. zu einer objektiv unmöglichen Leistung. Das ist aber, wenn - wie vorgesehen – der bisherige § 306 gestrichen wird, für den Vertrag unschädlich. Der Ausgleich findet dann auf der Ebene der Rechtsbehelfe statt, wie dies schon heute bei der selbständigen Garantie der Fall ist, die inhaltlich von vornherein ein bedingtes Schadensersatzversprechen darstellt. Ferner werden die unterschiedlichen Vorschriften für den Stückkauf und den Gattungskauf entbehrlich, wenn für beide Arten des Kaufvertrags die Sachmängelfreiheit zur Leistungspflicht des Verkäufers gehört. Der bisherige § 480 kann deshalb gestrichen werden.

Des Weiteren führt eine solche Regelung zu einer Verringerung der Unterschiede zwischen Kauf- und Werkvertrag. Für beide Vertragstypen gilt dann übereinstimmend: Es besteht eine Verpflichtung zur sachmängelfreien Leistung; Nacherfüllung ist möglich und kann verlangt werden.

Schließlich wird auf diese Weise ein grundlegender Unterschied zwischen Sach- und Rechtsmängeln beseitigt, da der bisherige § 434 schon jetzt die Verpflichtung enthält, dem Käufer den Kaufgegenstand frei von Rechten Dritter zu verschaffen. Diese Pflicht soll unverändert beibehalten werden. Durch die grundsätzliche Gleichstellung kann die häufig problematische Unterscheidung zwischen beiden Arten von Mängeln in einem Großteil der Fälle vermieden werden.

Soweit in den Einzelvorschriften die Begriffe „Mangel", „mangelfrei" und „mangelhaft" verwendet werden, umfassen sie sowohl Sachmängel als auch Rechtsmängel.

Die Verpflichtung des Verkäufers, dem Käufer die Sache frei von Sachmängeln zu verschaffen, führt nicht zu einer unangemessenen Verschärfung der Haftung des Verkäufers. Dabei ist insbesondere zu beachten, dass der Schadensersatzanspruch gemäß § 437 Nr. 3, § 440 RE in Verbindung mit den allgemeinen Vorschriften dann nicht entsteht, wenn der Ver-

käufer den Sachmangel im Sinne der §§ 276, 278 RE nicht zu vertreten hat. Vertreten muss der Verkäufer den Mangel nicht schon deshalb, weil in der mangelhaften Lieferung die Verletzung einer Vertragspflicht liegt. Zu einer Pflichtverletzung muss vielmehr Vertretenmüssen hinzukommen. Zum einen kann im Vertrag - ausdrücklich oder konkludent - bestimmt sein, dass der Verkäufer für eine bestimmte Beschaffenheit ohne weiteres einzustehen hat. Das entspricht der bisherigen Schadensersatzpflicht für das Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft gemäß § 463 Satz 1. Sowohl § 276 Abs. 1 Satz 1 als auch § 442 Abs. 1 Satz 2 und § 444 RE umschreiben diese nach bisheriger Terminologie von der „Zusicherung einer Eigenschaft“ erfassten Fälle damit, dass der Schuldner (beim Kaufvertrag in dem hier interessierenden Zusammenhang der Verkäufer) eine Garantie übernommen hat. Wenn der Verkäufer den Sachmangel kennt und damit seinen Vorsatz gemäß § 276 Abs. 1 Satz 1 RE zu vertreten hat, so entspricht die dadurch begründete Haftung der Schadensersatzpflicht für das arglistige Verschweigen eines Fehlers dem bisherigen § 463 Satz 2. Der Verkäufer hat zwar nach der vorgeschlagenen Regelung einen Mangel auch dann zu vertreten, wenn er insoweit fahrlässig gehandelt hat. Entscheidend ist aber, wie weit die in dieser Hinsicht im Verkehr erforderliche Sorgfalt reicht.

Diese Frage kann nicht für alle Arten von Kaufverträgen in gleicher Weise beantwortet werden. Von demjenigen, der als gewerblicher Verkäufer mit industriell hergestellten Massenartikeln handelt, kann nicht stets erwartet werden, seine Waren auf Konstruktions- und Fertigungsmängel zu untersuchen. Zumeist werden ihm dafür die Möglichkeiten fehlen. Das gleiche muss für den privaten Verkäufer gelten. Anders kann die Frage zu beurteilen sein bei besonders hochwertigen oder fehleranfälligen Produkten oder dann, wenn der Verkäufer eine besondere Sachkunde besitzt. Beim gewerblichen Verkauf gebrauchter Gegenstände, insbesondere beim Verkauf gebrauchter Kraftfahrzeuge, wird zu differenzieren sein. Hat der Händler keine eigene Werkstatt, kann der Käufer regelmäßig nur eine Überprüfung auf leicht erkennbare Mängel erwarten. Betreibt der Verkäufer eine Werkstatt, wird zu seinen Sorgfaltspflichten eine eingehendere Untersuchung gehören.

So gesehen tritt hinsichtlich einer Schadensersatzpflicht keine grundlegende Änderung gegenüber der bisherigen Rechtslage ein. Nur soweit es um den eigentlichen Mangelschaden geht und den Verkäufer insofern Fahrlässigkeit trifft, führt die Neuregelung erstmals zu einer Schadensersatzpflicht. Diese Änderung ist jedoch sachgerecht und schließt eine bislang vorhandene Lücke, die aus der Eigenart der Dogmatik des bisherigen Gewährleistungsrechts resultiert. Aber auch insoweit ist die Neuregelung für den Verkäufer weniger belastend, als es auf den ersten Blick erscheinen mag, weil Schadensersatz gemäß § 437 Nr. 3, § 439

i.V.m. § 281 RE grundsätzlich nur dann verlangt werden kann, wenn der Verkäufer eine Frist zur Nacherfüllung ungenutzt hat verstreichen lassen.

Die Verpflichtung zur mangelfreien Verschaffung der Sache führt auch nicht etwa auf dem Umweg über die Gehilfenhaftung zu einer grundlegenden Ausweitung von Schadensersatzpflichten des Verkäufers. Eine solche Ausweitung ergäbe sich, wenn der Warenhersteller Erfüllungsgehilfe des Verkäufers wäre. Die Verpflichtung zur mangelfreien Lieferung hat jedoch nicht diese Rechtsfolge. Die Verpflichtung des Verkäufers soll sich auf die mangelfreie Verschaffung der Sache beschränken, soll hingegen nicht die Herstellung der Sache umfassen. Bei der Erfüllung der Verschaffungspflicht bedient sich der Verkäufer nicht des Herstellers, die Herstellung der Sache ist nicht in den Pflichtenkreis des Verkäufers einbezogen. Der Warenhersteller ist deshalb ebenso wenig Erfüllungsgehilfe des Verkäufers, wie nach bisherigem Recht der Hersteller von Baumaterialien Erfüllungsgehilfe des Werkunternehmers ist, der solche Materialien bei der Herstellung des geschuldeten Werks verwendet (BGH, NJW 1978,1157).

Auf der Grundlage des geltenden Rechts ist für den Käufer die Anfechtung des Kaufvertrags gemäß § 119 Abs. 2 wegen Fehlens einer verkehrswesentlichen Eigenschaft ausgeschlossen, soweit die Sachmängelhaftung eingreift, jedenfalls ab Gefahrübergang (BGHZ 34, 32, 37). Das hat den Grund, dass der Käufer sich nicht den Sonderregelungen der Sachmängelhaftung soll entziehen können. Dieses Konkurrenzverhältnis ändert sich durch die vorgeschlagene Neuregelung nicht. Dabei kann die Frage, ob die Anfechtung erst ab Gefahrübergang ausgeschlossen ist, der Rechtsprechung überlassen bleiben. Angesichts der Veränderung der Rechtsbehelfe des Käufers wird es allerdings nahe liegen, die Anfechtung wegen Eigenschaftsirrtums als von vornherein ausgeschlossen anzusehen.

§ 119 Abs. 2 wird dagegen bislang für den Bereich der Rechtsmängelhaftung nicht als ausgeschlossen betrachtet (vgl. Palandt/Heinrichs, § 119 Rdn. 28; RG, JW 1909, 132 = SeuffA Bd. 65 S. 223). Dies erscheint nicht mehr gerechtfertigt, wenn für Rechts- und Sachmängel grundsätzlich in gleicher Weise gehaftet wird und die daraus erwachsenen Ansprüche des Käufers derselben Verjährungsregelung unterliegen. Eine ausdrückliche gesetzliche Regelung ist jedoch nicht erforderlich. Auch diese Frage kann der Rechtsprechung überlassen bleiben.

Zu § 434 - Sachmangel

Vorbemerkung

Wenn der Verkäufer gemäß § 433 Abs. 1 Satz 2 verpflichtet ist, dem Käufer die Sache frei von Sachmängeln zu verschaffen, so muss im Gesetz geklärt werden, wann ein Sachmangel vorliegt. Bei jeder gesetzlichen Verpflichtung ist es zweckmäßig, dass sich der Inhalt der Pflicht möglichst klar aus dem Gesetz ablesen lässt. Für den Sachmangel gilt das in besonderer Weise. Zwar will der Entwurf die Rechtsfolgen für Sachmängel in das allgemeine Leistungsstörungsrecht einfügen, es sind jedoch einige Sonderregelungen vonnöten. Die Abgrenzung der Lieferung einer mangelhaften Sache von anderen Verletzungen vertraglicher Pflichten ist deshalb von Bedeutung.

Nach geltendem Recht ist die Beschreibung des Sachmangels in § 459 durch eine Zweiteilung gekennzeichnet. Absatz 1 Satz 1 knüpft zunächst die Gewährleistung an Fehler, „die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrag vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern". Darüber, ob der Begriff „Fehler" einen objektiven oder subjektiven Maßstab erfordert, enthält die Vorschrift keine ausdrückliche Aussage. Die Bedeutung von Parteivereinbarungen für den Sachmangel schlägt sich im Wortlaut nur in dem Merkmal „nach dem Vertrag vorausgesetzter Gebrauch" nieder. Als zweiten Anknüpfungspunkt für die Sachmängelgewährleistung nennt Absatz 2 die zugesicherten Eigenschaften. Bei diesem Merkmal ist zweifelsfrei, dass ein objektiver Maßstab nicht in Betracht kommt und allein die Parteivereinbarungen maßgeblich sind.

Die Unterscheidung zwischen Fehlern und dem Fehlen zugesicherter Eigenschaften ist vor allem für die Rechtsfolgen von Bedeutung. Während ein Fehler nur das Recht auf Wandelung und Minderung gibt (§ 462 alt), führt das Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft auch zum Schadensersatz (§ 463 Satz 1 alt). Außerdem ist ein in Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthaltener Gewährleistungsausschluss für zugesicherte Eigenschaften unwirksam (bisheriger § 11 Nr. 11 AGBG).

Eine weitere Unterscheidung zwischen Fehlern und dem Fehlen zugesicherter Eigenschaften ergibt sich aus dem bisherigen § 459 Abs. 1 Satz 2. Für den Fehler gilt eine Bagatellgrenze. Ist der Wert oder die Tauglichkeit nur unerheblich gemindert, so führt das nicht zum Anspruch auf Wandelung oder Minderung.

Artikel 2 Abs. 1 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie erfordert eine Neufassung des Sachmangelbegriffs. Die Bestimmung enthält mit der Bezugnahme auf die Vertragsmäßigkeit der Kaufsache den subjektiven Fehlerbegriff. Die Vorschrift unterscheidet auch nicht zwischen Fehlern und dem Fehlen zugesicherter Eigenschaften. Es kommt allein darauf an, ob die

gelieferte Kaufsache „dem Kaufvertrag gemäß" ist. Zwar gilt auch diese Vorschrift der Richtlinie nur für den Verbrauchsgüterkauf. Dies sollte bei der Umsetzung jedoch nicht zu einem gespaltenen Fehlerbegriff je nach der Einordnung eines Geschäfts als Verbrauchsgüterkauf oder als sonstiger Kauf führen. Die Frage, wann eine Kaufsache einen Sachmangel aufweist, sollte eine Rechtsordnung vielmehr allgemein beantworten. Im Übrigen können sich andernfalls Probleme bei dem Regress ergeben, den Artikel 4 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie vorsieht, wenn in einer Absatzkette im Verhältnis zwischen Händler und Verbraucher eine Sache als mangelhaft, im Verhältnis Hersteller und Händler dagegen hinsichtlich desselben Umstandes wegen eines anderen Fehlerbegriffs als mangelfrei anzusehen ist.

Es kommt hinzu, dass das geltende Recht in mehrfacher Hinsicht Mängel aufweist: Der Wortlaut des bisherigen § 459 Abs. 1 Satz 1 scheint dafür zu sprechen, dass unter „Fehler" ein Merkmal der Kaufsache verstanden werden soll, das an objektiven, von den Vereinbarungen der Parteien unabhängigen Kriterien gemessen werden kann. Eine solche Auslegung würde objektiv feststellbare, gegeneinander abgegrenzte Gattungen von Sachen voraussetzen. Da eine solche Abgrenzung in der Realität nicht möglich ist, wendet die Rechtsprechung in Übereinstimmung mit der ganz h. L. einen subjektiven Fehlerbegriff an (Nachweise bei Staudinger/Honsell, § 459 Rdn. 10 ff. und Soergel/Huber, Rdn. 39 ff. vor § 459): Danach kommt es in erster Linie auf die Vereinbarungen der Parteien über die Beschaffenheit der Kaufsache an. Nur wenn solche Vereinbarungen, auch konkludente, nicht feststellbar sind, ist die gewöhnliche Beschaffenheit maßgebend.

Der subjektive Fehlerbegriff mit seinen von der Praxis angewendeten Ausformungen im Einzelnen bereitet zwar für sich genommen keine Probleme. Um so größere Schwierigkeiten ergeben sich aber bei der Abgrenzung zwischen der (einfachen) Beschaffenheitsvereinbarung im Sinne des bisherigen § 459 Abs. 1 Satz 1 und der Zusicherung von Eigenschaften gemäß Absatz 2 dieser Vorschrift. Die Unterschiede in den Rechtsfolgen sind gravierend, während die Sachverhalte, die zu derart unterschiedlichen Rechtsfolgen führen, nicht in nachvollziehbarer Weise unterscheidbar sind. Die Anwendung des geltenden § 459 Abs. 2 wird dadurch weithin zum Wertungsvorgang im Hinblick auf die Rechtsfolge. Darunter leidet die Vorhersehbarkeit gerichtlicher Entscheidungsergebnisse in nur schwer erträglichem Maße.

Ein weiteres Problem stellen die Falschlieferung (aliud) und die Zuweniglieferung dar. Beide Formen der nicht vertragsmäßigen Lieferung fasst die höchstrichterliche Rechtsprechung gegenwärtig nicht unter den Begriff des Fehlers. Das hat zur Konsequenz, dass sie nicht der Sachmängelgewährleistung unterfallen (BGH, NJW 1968, 640), sondern nach den Bestim-

mungen der bisherigen §§ 323 ff. zu lösen sind, so dass insbesondere die kurze Verjährung des bisherigen § 477 nicht eingreift. In der Literatur ist die Behandlung der aliud-Lieferung streitig (ausführliche Darstellung bei Soergel/Huber, Rdn. 86 ff. vor § 459). Auch die Zuweniglieferung wird in der Regel nicht als Sachmangel eingeordnet, sondern als teilweise Nichterfüllung.

Anders ist gegenwärtig die Situation beim beiderseitigen Handelskauf. Falsch- und Zuweniglieferung lösen nicht nur gemäß § 378 HGB die Untersuchungs- und Rügeobliegenheit des § 377 HGB aus, sondern unterliegen nach der Rechtsprechung - jedenfalls beim Gattungskauf - auch dem Gewährleistungsrecht (BGHZ 115, 294; RGZ 86, 90).

Insbesondere die Unterscheidung zwischen mangelhafter Lieferung und aliud-Lieferung, die wegen der Konsequenzen für die Verjährungsfrist von erheblicher Bedeutung ist, bereitet in der Praxis die größten Schwierigkeiten. Es fehlt an einem überzeugenden Maßstab, und die Entscheidung wird häufig im Hinblick auf die Angemessenheit der Rechtsfolgen für den konkreten Fall getroffen, wobei es oft geradezu beliebig erscheint, ob eine Abweichung von der Sollbeschaffenheit als Qualitätsabweichung oder als Gattungsunterschied definiert wird. Beim Handelskauf ist durch § 378 HGB das Problem auf die Abgrenzung zwischen genehmigungsfähigem und nicht genehmigungsfähigem aliud verlagert, ist hier aber ebenso schwer zu lösen. Wegen der Parallelregelung von aliud und Zuweniglieferung in § 378 HGB erstreckt sich die Schwierigkeit der Abgrenzung dort auch auf die Zuweniglieferung.

Falsch- und Zuweniglieferung treten nicht nur beim Handelskauf in Erscheinung, sondern ebenso bei Kaufverträgen, die ausschließlich nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu beurteilen sind (Versandgeschäfte; BGH, NJW 1989, 218 - glykolhaltiger Wein).

Wenn die Rechtsprechung die Falsch- und die Zuweniglieferung nicht in die Sachmängelhaftung einbezieht, so ist das nicht nur auf das Verständnis des Begriffs „Fehler" zurückzuführen. Ein nicht minder wichtiger Grund ist darin zu sehen, dass mit dieser Auslegung die als zu kurz empfundene Verjährungsfrist des derzeitigen § 477 vermieden wird.

Ein weiteres Problem bereitet die Frage, ob Fehler nur solche Eigenschaften sein können, die der Kaufsache unmittelbar anhaften oder ob auch außerhalb der Sache liegende Umstände in Betracht kommen. Der BGH hat auch Beziehungen der Sache zur Umwelt in den Fehlerbegriff einbezogen, die in der Beschaffenheit der Sache selbst ihren Grund haben, von ihr ausgehen, ihr für eine gewisse Dauer anhaften und nicht lediglich durch außerhalb der

Sache liegende Umstände in Erscheinung treten; Voraussetzung soll jeweils sein, dass die Umstände nach der Verkehrsanschauung für die Brauchbarkeit und den Wert der Sache von Bedeutung sind (z. B. BGH, NJW 1985, 2472 f.). Die Frage spielt u. a. für Umsatz- und Ertragsangaben beim Unternehmenskauf eine Rolle (BGH, NJW 1995, 1547; 1977, 1538). Die Abgrenzung im einzelnen ist schwierig und unsicher. Nicht selten dürfte die Kürze der Verjährungsfristen Einfluss auf die Entscheidung im Einzelfall haben. Problematisch erscheint es auch, wenn der BGH außerhalb der Sache liegende Umstände, die er nicht zum Fehlerbegriff rechnet, als zusicherungsfähige Eigenschaften ansieht.

Wenn auch der Sachmangel in anderen Rechtsordnungen im einzelnen recht verschieden behandelt wird, so stimmen doch alle darin überein, dass es letztlich auf die Beschaffenheitsvereinbarung im Vertrag ankommt und dass objektive Kriterien nur insoweit heranzuziehen sind, als Vereinbarungen fehlen. Dieser gemeinsamen Basis der Rechtsordnungen folgend hat Artikel 1 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie die Vertragsmäßigkeit des Verbrauchsguts und damit den subjektiven Fehlerbegriff als maßgeblichen Gesichtspunkt für die Mängelhaftung des Verkäufers gewählt. Dass neben die Haftung für Fehler eine Haftung für das Fehlen zugesicherter Eigenschaften tritt, hat das Bürgerliche Gesetzbuch ebenfalls mit vielen anderen Rechtsordnungen gemein (Einzelheiten bei Basedow, Die Reform des deutschen Kaufrechts, S. 44 ff.). Bei der Falschlieferung und Zuweniglieferung gibt es auch in anderen Rechtsordnungen vergleichbare Probleme (vgl. Basedow aaO S. 26 ff.).

Die einheitlichen Kaufrechte (Artikel 33 EKG, Artikel 35 UN-Kaufrecht) verwenden den subjektiven Fehlerbegriff und beziehen dabei die Falschlieferung und die Zuweniglieferung mit ein. Eine gesonderte Regelung für zugesicherte Eigenschaften enthalten sie nicht. Der in Artikel 33 Abs. 2 EKG vorgesehene Ausschluss der Haftung für unerhebliche Mängel ist in das UN-Kaufrecht nicht übernommen worden.

Das Gesetz über Wirtschaftsverträge (GW) der DDR stellte in den §§ 45 und 281 Abs. 1, die alle in dem Gesetz geregelten Vertragstypen, nicht nur den Kauf, betrafen, auf den Bestimmungszweck bzw. die festgelegten Merkmale ab und legte damit ebenfalls den subjektiven Fehlerbegriff zugrunde. Für die Erreichung des Vertragszwecks unerhebliche Abweichungen gaben dem Käufer keine Rechte wegen nicht qualitätsgerechter Leistung (§ 281 Abs. 1 Halbsatz 2). Eine Zuweniglieferung gab nach § 280 dem Gläubiger das Recht auf Minderung, Schadensersatz und - nach erfolgloser Fristsetzung - auf Rücktritt.

Das ZGB der DDR, das in den §§ 148 ff. die Sachmängelhaftung mit der Haltbarkeitsgarantie zusammengefasst hatte, stellte zwar in erster Linie auf die staatlichen Güte-, Sicherheits-

und Schutzvorschriften ab, nannte aber daneben auch die vom Hersteller zugesicherten oder für den vorgesehenen Verwendungszweck erforderliche Gebrauchsfähigkeit und Beschaffenheit sowie vom Verkäufer oder Hersteller zugesicherte Eigenschaften und für einen vereinbarten besonderen Verwendungszweck vorausgesetzte Eigenschaften (§ 148 Abs. 1 und 2). Eine Regelung über die Zuweniglieferung fehlte.

Zu Absatz 1

Zu Satz 1

Der Entwurf legt den subjektiven Fehlerbegriff zugrunde, indem in erster Linie darauf abgestellt wird, dass die Sache die vereinbarte Beschaffenheit hat. Es kommt also zunächst auf den Inhalt der getroffenen Vereinbarung an. Das entspricht Artikel 2 Abs. 1 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, dem zufolge die Kaufsache vertragsgemäß sein muss. Auch Erwägungsgrund (8) der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie verdeutlicht, dass primär die vertragliche Vereinbarung maßgeblich sein soll. Artikel 2 Abs. 2 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie enthält darüber hinaus widerlegliche Vermutungen der Vertragsmäßigkeit in bestimmten, dort näher beschriebenen Fällen.

Artikel 2 Abs. 2 Buchstabe a der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie enthält eine Vermutung der Vertragsmäßigkeit für den Fall, dass das Verbrauchsgut mit der vom Verkäufer gegebenen Beschreibung übereinstimmt und die Eigenschaften des Gutes besitzt, das der Verkäufer dem Verbraucher (Käufer) als Probe oder Muster vorgelegt hat. Dies wird durch § 434 Abs. 1 Satz 1 RE umgesetzt. Beschreibt der Verkäufer bei Vertragsschluss die Eigenschaften der verkauften Sache in einer bestimmten Weise, so werden, wenn der Käufer vor diesem Hintergrund seine Kaufentscheidung trifft, die Erklärungen des Verkäufers ohne Weiteres zum Inhalt des Vertrags und damit zum Inhalt einer Beschaffenheitsvereinbarung im Sinne des Satzes 1. Entspricht die später gelieferte Sache dem nicht, so ist sie nicht vertragsgemäß.

Dasselbe gilt im zweiten Fall des Artikels 2 Abs. 2 Buchstabe a: Wenn ein Muster oder eine Probe vor oder bei dem Vertragsschluss nicht nur zu Werbezwecken vorgelegen hat, sondern zur Darstellung und Festlegung der Eigenschaften der Kaufsache, kann es nicht zweifelhaft sein, dass die Beschaffenheit des Musters oder der Probe als Beschaffenheit der verkauften Sache vereinbart worden ist und dass dementsprechend eine Abweichung von dem Muster oder der Probe in der Beschaffenheit einen Sachmangel darstellt. Der Entwurf enthält zwar nicht die Vermutungskonstruktion des Artikels 2 Abs. 2 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie. Die dort genannten Kriterien können jedoch auch dazu verwendet werden, die Anforde-

rungen an die Vertragsmäßigkeit der Kaufsache zu bestimmen, wie sich aus Erwägungsgrund (8) ergibt. Eine wörtliche Übernahme dieser Vermutung in das deutsche Recht ist nicht erforderlich (so auch Jorden, Verbrauchsgütergarantien, 2001, S. 162). Die Richtlinie sieht diese Vermutung als eine – wenn auch eher unbedeutende – technische Erleichterung für den Verkäufer vor. Sie würde sich aber konstruktiv nur schwer in das deutsche Kaufrecht einfügen lassen, das solche Vermutungen nicht kennt. Der Verzicht hierauf ist eher käufergünstig und schon deshalb zulässig.

Im Übrigen kann für die Umschreibung des Sachmangels auf eine Unterscheidung zwischen Fehlern und dem Fehlen zugesicherter Eigenschaften verzichtet werden, wenn maßgeblich auf die Vereinbarung der Parteien abgestellt wird und nicht auf außerhalb des Willens der Vertragsparteien liegende „objektive" Merkmale.

Der Begriff „Beschaffenheit" soll nicht definiert werden. Insbesondere soll nicht entschieden werden, ob er nur Eigenschaften umfasst, die der Kaufsache unmittelbar physisch anhaften oder ob auch Umstände heranzuziehen sind, die außerhalb der Sache selbst liegen. Die Einbeziehung der Sachmängelhaftung in das allgemeine Leistungsstörungsrecht mit der weitgehenden Übereinstimmung in den Rechtsfolgen und die Neuregelung des Verjährungsrechts nehmen der bisherigen Rechtsprechung einen Großteil ihrer Bedeutung.

Die Vorschrift nennt als Zeitpunkt, in dem die Mangelfreiheit gegeben sein muss, den Gefahrübergang. Das entspricht geltendem Gewährleistungsrecht, vgl. den bisherigen § 459 Abs. 1 Satz 1. Die Schuldrechtskommission hatte dagegen auf eine Festlegung des maßgeblichen Zeitpunktes verzichten wollen und zur Begründung ausgeführt, die Festlegung des Zeitpunktes in dem bisherigen § 459 Abs. 1 Satz 1 sei im Hinblick darauf notwendig, dass die Mangelfreiheit nicht als Bestandteil der Leistungspflicht ausgestaltet sei, weil sich andernfalls der maßgebliche Zeitpunkt nicht feststellen lasse. Wenn dagegen eine Pflicht zur mangelfreien Leistung geschaffen werde, sei in Zukunft eine solche Festlegung für Sachmängel der Kaufsache ebenso wenig notwendig wie gegenwärtig für den Rechtsmangel in dem bisherigen § 434 und den Sachmangel beim Werkvertrag in dem bisherigen § 633 Abs. 1. Der Verzicht auf eine Festlegung, so die Schuldrechtskommission weiter, werde nicht zu anderen Ergebnissen führen, als sie aus der geltenden Regelung folgen: Vor dem Gefahrübergang habe der Verkäufer seine Leistungspflicht noch nicht erfüllt; gehe die Gefahr vor der Übergabe auf den Käufer über und sei die Sache beim Gefahrübergang frei von Sachmängeln, entstehe aber später ein Sachmangel, ohne dass der Verkäufer dies zu vertreten habe, so habe sich damit eine Gefahr verwirklicht, die der Käufer auf Grund der Bestimmung über den vorzeitigen Gefahrübergang zu tragen habe. Der schon in dem derzeitigen § 434

verwendete Begriff „verschaffen“, der nicht auf einen bestimmten Zeitpunkt oder auf eine bestimmte Handlung des Verkäufers Bezug nehme, eigne sich ebenso im Hinblick auf die Freiheit von Sachmängeln.

Trotz dieser überzeugenden Ausführungen soll allein aus Klarstellungsgründen auf die ausdrückliche Nennung des maßgeblichen Zeitpunktes jedenfalls bei Sachmängeln nicht verzichtet werden. Andernfalls könnte dies als eine nicht gewollte sachliche Änderung missverstanden werden. Mit Artikel 3 Abs. 1 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, der die „Lieferung des Verbrauchsguts“ als maßgeblichen Zeitpunkt für die Beurteilung der Vertragswidrigkeit und damit der Mängelhaftung des Verkäufers vorsieht, ist dies vereinbar. Der Gefahrübergang tritt in aller Regel gemäß § 445 Satz 1 RE mit der Übergabe der Sache ein. Das ist der Zeitpunkt, in dem auch die „Lieferung“ der Sache anzunehmen ist. Allerdings lässt § 445 Satz 3 RE die Gefahr auch mit dem Annahmeverzug des Käufers auf diesen übergehen, ohne dass die Sache übergeben wurde. Aber zum einen bedeutet die Verwendung des Begriffs „Lieferung“ in der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie nicht, dass nicht mehr an den Gefahrübergang angeknüpft werden könnte, wie aus dem Erwägungsgrund (14) folgt. Vielmehr müssen die Mitgliedstaaten ihre Vorschriften über den Gefahrübergang nicht deshalb ändern, weil die Richtlinie auf die „Lieferung“ abstellt. Schon deshalb kann es bei dem bisherigen Rechtszustand bleiben. Zum anderen regelt die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie die Rechtsfolgen des Annahmeverzuges nicht, sondern überlässt dies den Mitgliedstaaten, die deshalb insoweit nicht gebunden sind. Damit sind innerstaatliche Regelungen weiter möglich, die in Sonderfällen einen Gefahrübergang auch ohne Übergabe bzw. Lieferung der Sache eintreten lassen, wie zum Beispiel § 445 S. 3 RE (Gefahrübergang auch mit Annahmeverzug).

Zu Satz 2

Nach Absatz 1 soll es in erster Linie auf die getroffenen Vereinbarungen über die Beschaffenheit ankommen. In der Vertragspraxis wird jedoch keineswegs in jedem Kaufvertrag die Beschaffenheit vereinbart. Je alltäglicher ein Geschäft ist, um so häufiger fehlt es an einer Vereinbarung oder gar einer vollständigen Vereinbarung über die Beschaffenheit der Sache im einzelnen. Häufig richten sich die Vorstellungen der Parteien nicht auf einzelne Merkmale der Beschaffenheit, sondern darauf, dass die Sache für einen bestimmten Verwendungszweck tauglich sein soll. Dies wird in Satz 2 Nr. 1 mit der „nach dem Vertrag vorausgesetzten Verwendung" umschrieben. Diese Formulierung lehnt sich ohne inhaltliche Veränderung an die Fassung des derzeitigen § 459 Abs. 1 Satz 1 an.

Ob es sich dabei um eine vertragliche Vereinbarung handelt oder ob es um Vorstellungen der Parteien im Vorfeld des Vertrags geht, will der Entwurf nicht entscheiden. Die Formulierung macht jedenfalls deutlich, dass eine konkludente Übereinstimmung der Parteien ausreicht. Dies dient auch der Umsetzung von Artikel 2 Abs. 2 Buchstabe b der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie. Danach wird die Vertragsmäßigkeit vermutet, wenn das Verbrauchsgut sich für einen bestimmten vom Verbraucher angestrebten Zweck eignet, den der Verbraucher dem Käufer bei Vertragsschluss zur Kenntnis gebracht und dem der Verkäufer zugestimmt hat. In diesen Fällen wird zwar häufig eine „vereinbarte Beschaffenheit" der Kaufsache im Sinne des § 434 Abs. 1 Satz 1 RE anzunehmen sein. Für die eventuell verbleibenden Fallkonstellationen, in denen von einer vertraglich vereinbarten Beschaffenheit nicht ausgegangen werden kann, die Parteien aber dennoch eine bestimmte Verwendung der Kaufsache bei Vertragsschluss vorausgesetzt haben, kann auf § 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 RE zurückgegriffen werden.

Nur wenn weder die Beschaffenheit vereinbart ist noch die Parteien eine bestimmte Verwendung vorausgesetzt haben, kommt es darauf an, ob sich die Sache für die gewöhnliche Verwendung eignet, Absatz 1 Satz 2 Nr. 2. Damit wird Artikel 2 Abs. 2 Buchstabe c der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie umgesetzt, dem zufolge Vertragsmäßigkeit der Kaufsache anzunehmen ist, wenn sie sich für Zwecke eignet, für die Güter der gleichen Art gewöhnlich gebraucht werden.

Darüber hinaus bestimmt Absatz 2 Satz 2 Nr. 2, dass die Sache in diesen Fällen eines Fehlens bestimmter Vorstellungen der Parteien über die Verwendung der Sache eine Beschaffenheit aufweisen muss, die bei Sachen der gleichen Art üblich ist und die der Käufer nach der Art der Sache erwarten kann. Damit wird der erste Teil des Artikels 2 Abs. 2 Buchstabe d der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie umgesetzt. Dabei fasst der Begriff der „Beschaffenheit" als maßgeblicher Anknüpfungspunkt die Ausdrücke „Qualität und Leistungen" zusammen, die die Richtlinie verwendet. Satz 2 Nr. 2 enthält nicht die zusätzliche Beschränkung auf solche Beschaffenheitsmerkmale, die der Käufer „vernünftigerweise" erwarten kann. Dies erscheint nicht erforderlich: Welche Beschaffenheit erwartet werden kann, bestimmt sich nach dem Erwartungshorizont eines Durchschnittskäufers. Der dem Bürgerlichen Gesetzbuch fremde Begriff „vernünftigerweise" soll nicht verwendet werden. Er umschreibt nur, was ohnehin zu prüfen ist, nämlich wie ein durchschnittlicher „vernünftiger" Käufer die Äußerungen von Verkäufer bzw. Hersteller zum Beispiel in Werbeaussagen in Bezug auf das Vorhandensein konkreter Eigenschaften auffassen durfte. In diesem Sinne wird der Begriff jedenfalls in Artikel 1.302. „Reasonableness" der Principles of European Contract Law verwendet.

Der Vergleichsmaßstab sind „Sachen der gleichen Art“. Dies wird vor allem bei gebrauchten Sachen zu berücksichtigen sein. Ein gebrauchter PKW etwa ist nicht von „der gleichen Art“ wie ein Neuwagen desselben Typs, darf mit diesem also nicht verglichen werden. Vielmehr kommt es darauf an, welche Eigenschaften der Durchschnittskäufer anhand der „Art der Sache“ erwarten kann. Das ist z. B. bei einem Neuwagen naturgemäß anders als bei einem gebrauchten Fahrzeug. Bei letzterem wird etwa das Alter und die Laufleistung die berechtigten Erwartungen des Käufers wesentlich beeinflussen, Umstände, die bei einem Neuwagen keine Rolle spielen können.

Zu Satz 3

Satz 3 dient als Ergänzung des Satzes 2 Nr. 2 der Umsetzung des Teils von Artikel 2 Abs. 2 Buchstabe d der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, der in Satz 2 Nr. 2 noch nicht enthalten ist. Dies bezieht sich auf die Umstände, die die Erwartungen des Käufers beeinflussen können. Artikel 2 Abs. 2 Buchstabe d sieht insoweit mit bestimmten Einschränkungen eine Haftung des Verkäufers für öffentliche Äußerungen, insbesondere Werbeaussagen, über konkrete Eigenschaften der Kaufsache vor.

Werbeaussagen des Verkäufers selbst werden in aller Regel im Rahmen des Verkaufsgesprächs jedenfalls dann in Bezug genommen, wenn sie konkrete Eigenschaften der Kaufsache betreffen, die die Kaufentscheidung beeinflussen können. In diesen Fällen wird regelmäßig eine entsprechende Beschaffenheitsvereinbarung anzunehmen sein. Eine Abweichung der tatsächlichen Beschaffenheit der gelieferten Sache begründet dann schon einen Sachmangel gemäß Satz 1.

Die von der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie und dem Entwurf vorgesehene Bezugnahme auf Werbeaussagen und andere öffentliche Äußerungen hat deshalb Bedeutung vor allem bei Erklärungen Dritter, insbesondere des Herstellers. Diese können zwar auch zu einer entsprechenden Beschaffenheitsvereinbarung im Verhältnis Verkäufer – Käufer führen. Derartiges wird man jedoch nicht immer ohne Weiteres annehmen können. Dennoch muss derjenige, der seiner Kaufentscheidung derartige öffentliche Äußerungen zugrundelegt, auf die inhaltliche Richtigkeit vertrauen können. Deshalb hat der BGH z. B. die fehlerhafte Angabe des Herstellers eines neuen PKW über den Kraftstoffverbrauch als Sachmangel (wenn auch nicht als Zusicherung) gewertet (BGHZ 132, 55, NJW 1997, 2590). Der Verkäufer wird durch die Bindung an öffentliche Aussagen des Herstellers über konkrete Eigenschaften der Kaufsache nicht in unzumutbarer Weise in seiner Rechtsposition beeinträchtigt (Ehmann/Rust, JZ 1999, 853, 856; Jorden, Verbrauchergarantien 2001, S. 163 ff.) : Zum einen profitiert auch er von der Werbung durch Dritte, weil sie auch seinen Absatz fördert und Werbeaussagen

kaufentscheidend sein können. Zum anderen sind nur öffentliche Äußerungen über „konkrete Eigenschaften“ der Kaufsache rechtlich von Bedeutung, also nicht reißerische Anpreisungen allgemeiner Art ohne Bezugnahme auf nachprüfbare Aussagen über die Beschaffenheit der Sache.

Der Schutz vor unzutreffenden Werbeaussagen ist zwar in erster Linie ein Anliegen des Verbraucherschutzes. Dennoch sieht der Entwurf davon ab, den Fehlerbegriff insoweit auf den Verbrauchsgüterkauf zu beschränken. Bereits oben wurde ausgeführt, dass ein einheitlicher Fehlerbegriff wünschenswert ist. Im Übrigen sind auch außerhalb des Verbrauchsgüterkaufs Fälle denkbar, in denen die Kaufentscheidung durch unzutreffende Werbeaussagen beeinflusst wird. Dann ist eine Haftung des Verkäufers aus denselben Gründen wie beim Verbraucherkauf gerechtfertigt.

Im Einzelnen übernimmt Satz 3 mit geringen Umformulierungen den Wortlaut des Artikels 2 Abs. 2 Buchstabe d der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, unter Einbeziehung der Ausnahmen in Artikel 2 Abs. 4. Ein Sachmangel liegt nach Satz 2 Nr. 2 in Verbindung mit Satz 3 deshalb auch dann vor, wenn die Sache nicht die Beschaffenheit aufweist, die bei Sachen der gleichen Art üblich ist und die der Käufer nach den öffentlichen Äußerungen des Verkäufers oder des Herstellers oder seines Gehilfen insbesondere in der Werbung oder bei der Kennzeichnung über konkrete Eigenschaften der Sache erwarten kann.

Die Richtlinie spricht von Äußerungen des Verkäufers, des Herstellers oder dessen Vertreters. Der Herstellerbegriff der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie ist in Artikel 1 Abs. 2 Buchstabe d umschrieben. Danach wird neben dem Hersteller von Verbrauchsgütern auch deren Importeur für das Gebiet der Gemeinschaft sowie jede andere Person erfasst, die sich dadurch, dass sie ihren Namen, ihre Marke oder ein anderes Kennzeichen an dem Verbrauchsgut anbringt, als Hersteller bezeichnet. § 434 Abs. 1 Satz 3 RE nimmt deshalb auf § 4 Abs. 1 und 2 ProdHaftG Bezug, wo der Herstellerbegriff in entsprechender Weise umschrieben wird.

Der Entwurf übernimmt nicht die Bezeichnung des „Vertreters“ des Herstellers aus der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie. Diese entspricht nicht der Terminologie des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Es geht im Zusammenhang mit der Herstellerwerbung nicht um die Stellvertretung bei der Abgabe von Willenserklärungen (§§ 164 ff.), sondern um Hilfspersonen, die für den Hersteller bei Äußerungen über Tatsachen (Eigenschaften der Sache) eingeschaltet werden. Der Entwurf sieht hierfür deshalb den Ausdruck „Gehilfe“ vor.

Der letzte Teil von Absatz 1 Satz 3 enthält die Ausnahmen des Artikels 2 Abs. 4 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie. Letzterer bestimmt ausdrücklich, dass der Verkäufer die ihn entlastenden Umstände nachweisen muss. Dies übernimmt der Entwurf durch die Formulierung als Ausnahme („es sei denn“): Die Beweislast für diese Ausnahmen von der Haftung des Verkäufers trägt dieser selbst. Der Verkäufer kann sich von der Haftung für die Werbeaussagen des Herstellers oder dessen Gehilfen durch den Nachweis befreien, dass er die Werbeaussagen weder kannte noch kennen musste, also seine Unkenntnis auch nicht auf Fahrlässigkeit beruht (vgl. § 122 Abs. 2). Dies dient der Umsetzung des Artikels 2 Abs. 4 erster Spiegelstrich der Richtlinie. Durch das Abstellen auf das Kennenmüssen soll wiederum die Übernahme des von der Richtlinie verwendeten, dem Bürgerlichen Gesetzbuch aber fremden, hier auf die Kenntnis des Verkäufers bezogenen Begriffs „vernünftigerweise“ vermieden werden. In der Sache soll den Verkäufer nur eine Unkenntnis entlasten, die nicht auf Fahrlässigkeit beruht. Eine weitere Beschränkung etwa auf grob fahrlässige Unkenntnis, die von dem Wortlaut der Richtlinie wohl noch gedeckt wäre, ist nicht angezeigt. Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Verkäufer insoweit Vorteile aus der Werbung zieht, als sie die Kaufentscheidung beeinflusst. Der Verkäufer sollte aber von falschen Werbeaussagen Dritter jedenfalls dann nicht profitieren, wenn ihm ein Fahrlässigkeitsvorwurf hinsichtlich seiner Kenntnis gemacht werden kann.

Artikel 2 Abs. 4 dritter Spiegelstrich der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie ist in § 434 Abs. 1 Satz 3 RE a. E. ausdrücklich aufgenommen. Danach haftet der Verkäufer auch dann nicht, wenn die unzutreffende Werbeaussage die Kaufentscheidung nicht beeinflussen, also für die Willensbildung des Käufers nicht maßgeblich sein konnte. Die Beweislast liegt wiederum beim Verkäufer.

Nicht ausdrücklich übernommen ist Artikel 2 Abs. 4 zweiter Spiegelstrich der Richtlinie. Danach haftet der Verkäufer auch dann nicht, wenn er nachweist, dass die Werbeaussage im Zeitpunkt des Vertragsschlusses berichtigt war. Hier ist nach dem Wortlaut der Richtlinie fraglich, wer gegenüber wem auf welche Weise berichtigen muss. Nach dem Zweck der Bestimmung kann es aber nur darauf ankommen, dass eine ursprünglich unzutreffende Werbeaussage im Zeitpunkt des Kaufs so berichtigt ist, dass sie keinen Einfluss mehr auf die Kaufentscheidung haben kann. Das ist nur dann der Fall, wenn die Berichtigung entweder ausdrücklich gegenüber dem Käufer oder jedenfalls so erfolgt ist, dass nach den berechtigten Erwartungen des berichtigenden Verkäufers oder Dritten ein durchschnittlicher Käufer von ihr Kenntnis hätte erlangen müssen. Dann sind aber gleichzeitig die Voraussetzungen des dritten Spiegelstrichs erfüllt, weil eine derart berichtigte Werbeaussage nicht mehr geeignet ist, die Kaufentscheidung zu beeinflussen. Der Entwurf verzichtet deshalb auf die Übernahme

des zweiten Spiegelstrichs aus Artikel 2 Abs. 4 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie. Hierin ist kein Abweichen, sondern nur eine Klarstellung des von der Richtlinie Gewollten zu sehen. Selbst wenn man anderer Ansicht sein sollte, weil die Richtlinie ihrem Wortlaut nach auch eine Berichtigung ausreichen lässt, die weder gegenüber dem Käufer erfolgt ist noch diesem auf irgendeine Weise bekannt geworden sein konnte, so wäre diese Abweichung schon deshalb zulässig, weil sie dem Käufer (Verbraucher) günstig wäre.

Zu Absatz 2

Zu Satz 1

Absatz 2 setzt Artikel 2 Abs. 5 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie um. Er stellt Montagefehler ausdrücklich einem Sachmangel gleich. Satz 1 betrifft die Montage durch den Verkäufer. Gedacht ist vor allem an die Fälle, in denen eine zunächst mangelfreie Sache geliefert wird, die nur dadurch mangelhaft wird, dass der Verkäufer sie sodann unsachgemäß montiert bzw. bei dem Käufer aufstellt (z. B. Beschädigung einer Waschmaschine infolge fehlerhaften Wasseranschlusses durch den Verkäufer, wodurch Wasser in Teile der Maschine eindringt, die eigentlich trocken bleiben sollten). Der Kauf einer Sache mit Montageverpflichtung wird auch bisher bereits dem Kaufrecht unterstellt, jedenfalls soweit nicht davon gesprochen werden kann, dass die Montage den Schwerpunkt der vertraglich geschuldeten Leistung bildet (z. B. BGH, NJW 1998, 3197, 3198). Absatz 2 Satz 1 greift dies auf und stellt klar, dass auch bei Mängeln der Sache infolge fehlerhafter Arbeit des Verkäufers bei der vertraglich geschuldeten Montage das kaufrechtliche Gewährleistungsrecht anzuwenden ist.

Darüber hinaus sieht Absatz 2 Satz 1 es aber auch als Sachmangel an, wenn allein die Montage selbst fehlerhaft ist, ohne dass dies zu einer Beeinträchtigung der Beschaffenheit der verkauften Sache führt. Die Vorschrift erfasst damit auch etwa den Fall, dass bei einer vom Verkäufer einzubauenden Küche einzelne Schränke unsachgemäß, z. B. schief, an der Wand angebracht werden, auch wenn die Schränke als solche ohne Weiteres genutzt werden können und diese Montage nicht zu Qualitätsmängeln wie z. B. Rissen oder Kratzern geführt hat. Die Möglichkeiten des Käufers in einem solchen Fall ergeben sich deshalb aus dem Kaufrecht, ohne dass es auf die dogmatische Einordnung des Vertrags als Kauf- oder Werkvertrag oder als gemischter Vertrag ankäme.

Maßgeblich ist, dass der Verkäufer die Montage nach dem Inhalt des Kaufvertrags schuldet. Der Verkäufer kann die Montageverpflichtung selbst erfüllen oder sich hierzu eines Dritten bedienen. Artikel 2 Abs. 5 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie stellt deshalb einer fehlerhaften

Montage durch den Verkäufer selbst eine solche durch einen Dritten „unter Verantwortung" des Verkäufers gleich. In die Terminologie des Bürgerlichen Gesetzbuchs übertragen, handelt es sich bei dem Dritten um einen Erfüllungsgehilfen, da der Verkäufer sich seiner zur Erfüllung einer Verbindlichkeit bedient (vgl. § 278 Satz 1, wo dieser Begriff jedenfalls umschrieben ist und nun auch in der amtlichen Überschrift verwendet wird). Besonders erwähnt werden muss der Erfüllungsgehilfe an dieser Stelle im Kaufrecht, weil § 278 im Rahmen des Vertretenmüssens des Schuldners die Zurechnung fremden Verschuldens betrifft, es in § 434 Abs. 2 Satz 1 RE aber nicht um das Vertretenmüssen, sondern um eine Zurechnung fremden Verhaltens, nämlich der unsachgemäßen Montage geht.

Zu Satz 2

Satz 2 dehnt den Gedanken des Satzes 1 – dem Artikel 2 Abs. 5 S. 2 Verbrauchsgüterkaufrichtlinie folgend – auf den Fall der mangelhaften Montageanleitung aus. Voraussetzung ist, dass die Sache zur Montage – nicht notwendigerweise durch den Käufer – bestimmt ist. Damit wird den zunehmenden Kaufverträgen, insbesondere über Möbel, Rechnung getragen, die den Zusammenbau der Kaufsache durch den Letztkäufer vorsehen. Wenngleich auch bei dieser Bestimmung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie insbesondere Gesichtspunkte des Verbraucherschutzes eine Rolle gespielt haben, erscheint es gerechtfertigt, den Gedanken auf sämtliche Kaufverträge auszudehnen. Auch außerhalb von Verbraucherverträgen sind ähnliche Konstellationen denkbar; außerdem ist auch hier die Rückgriffssituation zu bedenken.

§ 434 Abs. 2 Satz 2 RE knüpft zunächst allein an den Umstand der Mangelhaftigkeit der Montageanleitung an. Allerdings kann der Verkäufer für einen derartigen Mangel der Montageanleitung nicht einstehen müssen, wenn er sich nicht ausgewirkt hat, der Käufer also zum Beispiel auf Grund eigener Sachkenntnis die Montageanleitung nicht benötigt und die Sache trotzdem richtig montiert hat. Die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie setzt deshalb in ihrem Artikel 2 Abs. 5 Satz 2 weiter voraus, dass die Sache auch wegen dieses Anleitungsmangels fehlerhaft montiert worden sein muss. Das greift § 434 Abs. 2 Satz 2 RE a. E. auf, formuliert die fehlerfreie Montage durch den Käufer allerdings nicht als Voraussetzung, sondern als – vom Verkäufer zu beweisende – Ausnahme („es sei denn"). Hintergrund ist die Verallgemeinerung des Mangelbegriffs über den Verbrauchsgüterkauf hinaus. Ein effektiver Rückgriff des von einem Verbraucher wegen eines auf fehlerhafter Anleitung beruhenden Montagemangels in Anspruch genommenen Letztverkäufers wäre nicht gegeben, wenn der Mangel der Anleitung nicht auch in dem Verhältnis des Letztverkäufers zu seinem Lieferanten einen Mangel der Kaufsache darstellen und so die kaufrechtlichen Mängelrechte des Letztverkäu-

fers begründen würde. Da der Letztverkäufer aber nicht selbst die Sache montiert hat, kann es also in den kaufrechtlichen Beziehungen zwischen ihm und seinem Lieferanten nicht auf die Montage durch ihn ankommen. § 434 Abs. 2 Satz 2 RE setzt deshalb auch nur eine „zur Montage bestimmte“ Sache voraus, ohne von einer Montage „durch den Käufer“ zu sprechen. Schließlich sind nicht nur die Rückgriffsfälle zu berücksichtigen: Vielmehr muss ein Händler Mängelrechte gegenüber seinem Lieferanten auch hinsichtlich der noch nicht weiterverkauften Ware geltend machen können, wenn er zum Beispiel auf Grund von Kundenbeschwerden bei anderen, bereits verkauften Sachen die Mangelhaftigkeit der noch bei ihm eingelagerten, zum Verkauf bestimmten Sachen erkennt.

Zu Absatz 3

Absatz 3 stellt die Falschlieferung und die Zuweniglieferung ausdrücklich einem Sachmangel gleich. Die sich dadurch ergebenden Rechtsfolgen erscheinen sachgerecht. Im Falle der Falschlieferung wird der Anspruch auf Nacherfüllung (§ 439 RE) in der Regel nur in der Form der Lieferung einer mangelfreien anderen Sache in Betracht kommen. Beim Gattungskauf unterscheidet sich dieser Anspruch - mit Ausnahme der Unverhältnismäßigkeitsklausel des § 439 Abs. 3 RE - nicht wesentlich von dem primären Erfüllungsanspruch, der ohne die Einbeziehung in das Sachmängelrecht in Betracht käme.

Wird beim Stückkauf ein Identitäts-aliud geliefert, so kommt neben dem Erfüllungsanspruch auf Lieferung der gekauften Sache ein davon verschiedener Nachlieferungsanspruch nicht in Betracht. Beim Qualifikations-aliud ist Nacherfüllung durch Lieferung einer anderen Sache, die die vereinbarte Qualifikation hat, durchaus denkbar und sinnvoll.

Der Nachbesserungsanspruch wird beim aliud in der Regel ausscheiden, ist aber doch nicht gänzlich undenkbar, etwa wenn eine Maschine durch Einbau eines zusätzlichen Aggregates zu einer Sache umgerüstet werden kann, die einer anderen Gattung angehört.

Bei einer Zuweniglieferung wird zumeist der primäre Erfüllungsanspruch hinsichtlich der fehlenden Menge ausreichen. Wenn es aber z. B. bei Fliesen wegen möglicher Farbabweichungen darauf ankommt, dass die Gesamtlieferung aus einer Partie stammt, ist die Nacherfüllung durch völlige Neulieferung in der nunmehr richtigen Menge die geeignete Rechtsfolge.

Wenn bei der Falsch- oder Zuweniglieferung der Nacherfüllungsanspruch nicht in jedem Fall und nicht in beiderlei Form Platz greift, so spricht das nicht dagegen, diese Abweichungen von der Leistungspflicht als Sachmangel zu behandeln. Auch beim Sachmangel im engeren

Sinne kommen Fälle vor, in denen weder Nachbesserung noch Neulieferung möglich sind. Ist im Falle einer Zuweniglieferung trotz Fristsetzung die Restmenge nicht geliefert worden und will der Käufer gleichwohl beim Vertrag stehen bleiben, so ist die Minderung (§ 441 RE) eine angemessene Konsequenz aus der Leistungsstörung. Das kann auch für die aliud-Lieferung gelten, wenn die gelieferte Sache von geringerem Wert als die gekaufte, aber für den Käufer verwertbar ist.

Nicht unerhebliche Unterschiede zwischen der Anwendung des Sachmängelrechts und des allgemeinen Leistungsstörungsrechts ergeben sich hinsichtlich der Verjährung. Die Gleichstellung erscheint aber auch in dieser Hinsicht durchaus sachgerecht, weil die Interessenlage von Käufer und Verkäufer bei Falsch- und Zuweniglieferung nicht grundsätzlich anders ist als beim Sachmangel im engeren Sinne.

Voraussetzung für die Gleichstellung von Falsch- und Zuweniglieferung mit Sachmängeln ist, dass der Verkäufer die Leistung als Erfüllung seiner Pflicht erbringt. Für den Käufer muss erkennbar dieser Zusammenhang zwischen Leistung und Verpflichtung bestehen, und es darf sich nicht um eine Teilleistung oder eine Leistung auf Grund einer anderen Verbindlichkeit handeln.

Der Entwurf will die Unterscheidung zwischen genehmigungsfähigen und nicht genehmigungsfähigen Abweichungen aus § 378 HGB nicht übernehmen. Zum einen liegt der Grund für die Ausgrenzung der nicht genehmigungsfähigen Abweichung in der den Käufer stark belastenden Untersuchungs- und Rügeobliegenheit. Zum anderen hat die Rechtsprechung die vom Gesetzgeber restriktiv gemeinte Ausnahmeregelung in einer Weise ausgedehnt, dass die Entscheidungsergebnisse kaum vorhersehbar sind (vgl. Staub/Brüggemann, HGB, § 378 Rdn. 4). Die Handhabung durch die Rechtsprechung hat ihren Grund in der vielfach als zu kurz angesehenen Verjährungsfrist des bisherigen § 477. Wenn dagegen, wie im Entwurf vorgesehen, die Verjährungsregelung die Interessen beider Seiten in angemessener Weise zum Ausgleich bringt, besteht auch bei deutlicheren Abweichungen kein Grund, sie anders als Sachmängel im engeren Sinne zu behandeln, die ja ebenfalls von der Sollbeschaffenheit ganz erheblich abweichen können.

Der bisherige § 459 Abs. 1 Satz 2 nimmt unerhebliche Fehler von der Gewährleistung aus. Absatz 2 dieser Vorschrift kennt aber keine entsprechende Einschränkung der Haftung für zugesicherte Eigenschaften; auch die Haftung für Rechtsmängel ist nicht entsprechend beschränkt. Die auf das gemeine Recht zurückgehende Begrenzung ("minima non curat praetor", Motive II S. 225) soll nicht unverändert übernommen werden. Da die Unterscheidung

zwischen Fehlern und dem Fehlen zugesicherter Eigenschaften nicht beibehalten werden soll, ist eine Änderung erforderlich. Die Erheblichkeitsschranke generell für Sachmängel einzuführen, wäre nicht sachgerecht, weil die Haftung für Sachmängel dadurch geringer angesetzt würde, als das allgemein für Leistungspflichten vorgesehen ist. Wenn der Nacherfüllungsanspruch bei unerheblichen Mängeln entfiele, wäre der Erfüllungsanspruch des Käufers von vornherein und ohne Rechtfertigung entwertet. Es erscheint vielmehr angezeigt, nach Rechtsbehelfen zu differenzieren. In Übereinstimmung mit dem allgemeinen Leistungsstörungsrecht (§ 323 Abs. 4 Satz 2 RE) soll der Rücktritt ausgeschlossen werden, wenn ein Mangel unerheblich ist, bezogen sowohl auf Sachmängel als auch auf Rechtsmängel. Eine Einschränkung der Rechte des Käufers bei einer geringfügigen Vertragswidrigkeit sieht Artikel 3 Abs. 6 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie ebenfalls nur für den Anspruch auf Vertragsauflösung, also den Rücktritt vor. Der Anspruch auf Schadensersatz und das Minderungsrecht werden dagegen nach dem Entwurf auch durch einen unerheblichen Mangel ausgelöst. Eine solche Differenzierung ist angemessen, weil das Rücktrittsrecht die Interessen des Verkäufers stärker berührt als die Minderung. Den Schadensersatzanspruch auch bei unerheblichen Mängeln zu gewähren, ist gerechtfertigt, weil dieser Rechtsbehelf verschuldensabhängig ausgestaltet ist.

Eine zusätzliche Regelung über die Beweislast ist im Hinblick auf Sachmängel trotz der im Vergleich zu dem derzeitigen § 459 Abs. 1 Satz 1 andersartigen Formulierung nicht erforderlich. Im geltenden Recht wird die Beweislast für das Vorhandensein von Sachmängeln nach § 363 beurteilt (BGH, NJW 1985, 2328, 2329). Zwar nennt diese Vorschrift nur die falsche und die unvollständige Leistung und nicht die mangelhafte Leistung. Aus der Entstehungsgeschichte ist jedoch abzuleiten, dass sie gerade den Fall des Sachmangels erfassen soll. Danach trifft ab Annahme als Erfüllung die Beweislast für Sachmängel den Käufer, bis zu diesem Zeitpunkt den Verkäufer. Bei dieser sachgerechten Regelung muss es bleiben. Dazu bedarf es nicht einer ergänzenden gesetzlichen Regelung. § 363 in der von der Rechtsprechung und der h. L. vertretenen Interpretation reicht aus.

Zu § 435 - Rechtsmangel

Vorbemerkung

Ebenso wie der Sachmangel in § 434 RE ist auch der Rechtsmangel im Gesetz zu definieren. Derzeit ergibt sich aus § 434, dass ein Rechtsmangel vorliegt, wenn Dritte hinsichtlich des Kaufgegenstandes Rechte gegen den Käufer geltend machen können. Nach dem derzeitigen § 435 Abs. 1 hat beim Grundstückskauf der Verkäufer im Grundbuch eingetragene

Rechte, die nicht bestehen, auf seine Kosten zur Löschung zu bringen. Dabei handelt es sich um eine besondere Erscheinungsform des Rechtsmangels.

Die Schwächen des geltenden Rechts liegen nicht in der Definition des Rechtsmangels, die für sich genommen sachgerecht ist. Die Schwierigkeiten ergeben sich aus den unterschiedlichen Rechtsfolgen bei Sach- und Rechtsmängeln. Durch diese Unterschiede erlangt die Abgrenzung zwischen Sach- und Rechtsmängeln erhebliches Gewicht. Die Rechtsprechung neigt dazu, die Abgrenzung mit Rücksicht auf die im Einzelfall angemessen erscheinende Rechtsfolge vorzunehmen (für die Einordnung öffentlich-rechtlicher Belastungen vgl. etwa BGHZ 67, 134 ff.; für Baubeschränkungen: BGH NJW 1992, 1384). Darunter leidet die Vorhersehbarkeit von Entscheidungsergebnissen.

Probleme der Abgrenzung zwischen Sach- und Rechtsmängeln haben in anderen Rechtsordnungen eine weit geringere Bedeutung, weil entweder die Rechtsmängelhaftung für den Käufer weniger günstig ausgestaltet ist als im Bürgerlichen Gesetzbuch und deshalb kein Anreiz zum Ausweichen auf dieses Rechtsinstitut besteht oder weil es praktisch keine Haftungsunterschiede zwischen beiden Mängelarten gibt (vgl. Basedow, Die Reform des deutschen Kaufrechts, S. 52 f.).

Die einheitlichen Kaufrechte (Artikel 52 EKG, Artikel 41 f. UN-Kaufrecht) haben den gleichen Anknüpfungspunkt wie das Bürgerliche Gesetzbuch, indem sie von bestehenden Rechten Dritter an der Sache ausgehen. Sie erstrecken den Rechtsmangel aber darüber hinausgehend auf von einem Dritten beanspruchte Rechte, wenngleich dies in der amtlichen deutschen Übersetzung des Artikel 41 Satz 1 des UN-Kaufrechts nicht klar zum Ausdruck kommt. Im Übrigen besteht zwar ein weitgehender Gleichlauf zwischen Sach- und Rechtsmängelhaftung, jedoch mit der Einschränkung, dass bei Sachmängeln die Anforderungen an den Ausschluss der Haftung durch Kenntnis strenger sind (Artikel 35 Abs. 3 UN-Kaufrecht) und die zweijährige Ausschlussfrist (Artikel 39 Abs. 2 UN-Kaufrecht) für Rechtsmängel nicht gilt. In Artikel 42 beschränkt das UN-Kaufrecht die Rechtsmängelhaftung hinsichtlich gewerblicher Schutzrechte und anderen geistigen Eigentums auf Rechte im Niederlassungsstaat des Käufers und in Staaten, in denen die Ware verwendet oder weiterverkauft werden soll.

Zu Satz 1

Da die Haftung für Rechtsmängel - anders als die für Sachmängel - schon bisher in das System des allgemeinen Leistungsstörungsrechts eingefügt ist, ist keine grundlegende Än-

derung gegenüber dem geltenden Recht erforderlich. Der Satz 1 kann weitgehend den Inhalt des bisherigen § 434 übernehmen. Der Wortlaut der Vorschrift soll jedoch, soweit das dem Gegenstand angemessen ist, der Beschreibung des Sachmangels in § 434 RE angeglichen werden.

Nicht gesondert erwähnt werden sollen öffentlich-rechtliche Beschränkungen. Auch sie können nach allgemeiner Ansicht einen Rechtsmangel darstellen (BGHZ 67, 134, 137). Die Frage sollte nicht durch den Gesetzgeber entschieden werden. Wenn die Haftung für Sach- und Rechtsmängel in den Voraussetzungen und Rechtsfolgen weitgehend einander angeglichen wird, verringert sich die praktische Bedeutung des Problems.

Wie sich aus dem derzeitigen § 442 ergibt, liegt nach geltendem Recht ein Rechtsmangel nicht bereits darin, dass ein Dritter ein Recht geltend macht. Nur ein tatsächlich bestehendes Recht bildet einen Rechtsmangel. Hierbei soll es bleiben. Der Regelung des Artikel 41 UN-Kaufrecht, die die ernsthafte Geltendmachung eines Rechts dem Bestehen eines Rechts gleichstellt, will der Entwurf insoweit nicht folgen. Denkbar sind allerdings Interessenlagen, in denen der Verkäufer dafür einsteht, dass Dritte keine Rechte geltend machen. Jedenfalls kann die Vertragsauslegung eine solche Haftung ergeben. Der Verkäufer hat dann die erhobenen Ansprüche abzuwehren.

Im Gegensatz zum Sachmangel kommt es gegenwärtig nach § 434 beim Rechtsmangel auf Vereinbarungen über einen Verwendungszweck nicht an. Ein Recht, das ein Dritter hinsichtlich der Sache gegen den Käufer geltend machen kann, stellt auch dann einen Rechtsmangel dar, wenn es den Käufer bei der von ihm konkret vorgesehenen Verwendung der Sache nicht beeinträchtigen kann, d. h. der Begriff des Rechtsmangels wird ausschließlich objektiv verstanden. Diese Lösung des geltenden Rechts will der Entwurf beibehalten.

Es ist zwar erwogen worden, auch den Begriff des Rechtsmangels mit Blick auf den Verwendungszweck einzuengen. Der Ansatz des Artikels 41 des UN-Kaufrechts ließe sich dahingehend verallgemeinern, dass Rechte, die Dritte gegen den Käufer geltend machen können, außer Betracht bleiben, wenn sie den Käufer bei der gewöhnlichen oder der nach dem Vertrag vorausgesetzten Verwendung nicht beeinträchtigen. Dies erscheint jedoch nicht zweckmäßig. Während sich die Tauglichkeit einer Sache nur im Verhältnis zu einem Verwendungszweck bestimmen lässt, ist das Ziel der Rechtsverschaffung umfassend, damit der Käufer, wie in § 903 für den Eigentümer vorgesehen, in die Lage versetzt wird, nach Belieben mit der Sache zu verfahren. Deshalb sollte ein Käufer sich darauf verlassen können, dass Rechte Dritter auch dann nicht entgegenstehen, wenn er die Sache später in anderer

Weise verwenden will, als es bei Abschluss des Kaufvertrags vorgesehen und erkennbar war, nicht zuletzt weil eine andere Verwendung u. U. erst zu einem Zeitpunkt konkret werden kann, zu dem der Käufer Ansprüche aus der Mängelhaftung nicht mehr durchsetzen kann. Eine Sonderregelung für Rechte aus dem Bereich des gewerblichen Rechtsschutzes und des Urheberrechts, wie sie das UN-Kaufrecht enthält, erscheint zwar für den internationalen Warenkauf sachgerecht, für nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch abzuwickelnde Kaufverträge könnte sie jedoch allenfalls in ganz seltenen Fällen Bedeutung erlangen. Bei derartigen Fallkonstellationen kann im Wege vernünftiger Vertragsauslegung auch ohne gesetzliche Bestimmung festgestellt werden, ob der Verkäufer für die Freiheit von Rechten Dritter umfassend oder mit territorialer Beschränkung haften soll.

Unerhebliche Beeinträchtigungen sollen auch aus der Rechtsmängelhaftung nicht generell ausgeklammert werden. Aus den gleichen Erwägungen wie zum Sachmangel sollen sie nur ein Rücktrittsrecht nicht begründen können.

Zu Satz 2

In Satz 2 soll die Bestimmung des derzeitigen § 435 Abs. 1 in der Weise übernommen werden, dass die Buchrechte, also eingetragene, aber nicht bestehende Rechte, einem Rechtsmangel gleichgestellt werden. Sie verschlechtern die Rechtsposition des Käufers zwar nicht unmittelbar, können ihn jedoch bei einer Verfügung über das Grundstück behindern und bergen die Gefahr, im Wege gutgläubigen Erwerbs zum wirklichen Recht zu erstarken. Der Käufer hat deshalb ein berechtigtes Interesse an der Grundbuchberichtigung. Es erscheint sachgerecht, dass Buchrechte die gleichen Rechtsfolgen nach sich ziehen wie sonstige Rechtsmängel.

Der letzte Halbsatz des bisherigen § 435 Abs. 1 ist nicht mehr erforderlich. Wenn die Vorschrift sich nicht mehr unmittelbar auf Rechte an Grundstücken als Kaufobjekte bezieht, so braucht die Regelung nicht ausdrücklich auf solche Rechte Dritter begrenzt zu werden, die im Falle ihres Bestehens das dem Käufer zu beschaffende Recht beeinträchtigen würden, weil bei Grundstücken alle Rechte Dritter einen Rechtsmangel darstellen.

Die in § 435 Abs. 1 bislang neben den Grundstücken genannten Rechte an Grundstücken sind in die Regelung nicht zu übernehmen, weil die Vorschriften der §§ 434 ff. RE unmittelbar nur für den Kauf von Sachen gelten sollen. Auf den Kauf von Rechten sollen diese Bestimmungen gemäß § 453 Abs. 1 RE entsprechend angewendet werden.

Zu § 436 – Öffentliche Lasten von Grundstücken

Vorbemerkung

Rechte Dritter, die einen Rechtsmangel darstellen, können auch öffentlich-rechtliche Rechtspositionen sein (BGH, NJW 1983, 275). Ohne eine Sonderregelung könnte also beim Grundstückskauf im Bestehen öffentlicher Abgaben und nicht eintragungsfähiger öffentlicher Lasten ein Rechtsmangel liegen. Eine Rechtsmängelhaftung des Verkäufers wäre jedoch insofern nicht sachgerecht. Da es sich bei dieser Art von Belastungen nicht um die individuell bestimmten Rechtsverhältnisse des jeweiligen Grundstücks handelt, sondern um die Auswirkungen allgemeiner Regelungen, muss der Käufer mit ihnen rechnen und sich notfalls genauere Kenntnis verschaffen.

Derzeit haftet nach § 436 der Verkäufer in keinem Fall für die Freiheit des Grundstücks von öffentlichen Lasten, die zur Eintragung in das Grundbuch nicht geeignet sind. Zu den öffentlichen Lasten im Sinne dieser Vorschrift rechnen auch die Erschließungsbeiträge nach § 127 BauGB und andere öffentlich-rechtliche Anliegerbeiträge, insbesondere nach den Kommunalabgabengesetzen der Länder. Nach dem bisherigen § 446 kommt es auf den Zeitpunkt der Übergabe an. Unter Berücksichtigung von § 103 hat demnach der Käufer alle Anliegerbeiträge zu tragen, die von der Übergabe des Grundstücks an fällig werden (BGH NJW 1994, 2283; 1982,1278).

Probleme ergeben sich aus dem derzeitigen § 436 nur für den Bereich der Erschließungsbeiträge und der sonstigen Anliegerbeiträge. Da Anliegerbeiträge regelmäßig erst einen Monat nach Zustellung des Beitragsbescheids fällig werden, der wiederum die endgültige Herstellung der Erschließungsanlage im Rechtssinne voraussetzt, ist es möglich, dass zwar die Erschließungsarbeiten beim Abschluss des Grundstückskaufvertrags längst beendet sind und der Käufer deshalb ein voll erschlossenes Grundstück zu erwerben glaubt, dass er aber die Anliegerbeiträge zu tragen hat, weil der Beitragsbescheid erst erheblich später ergeht.

Welche Partei Beitragsschuldner wird und welche im Innenverhältnis die Anliegerbeiträge zu tragen hat, kann aus der Sicht der Vertragsparteien vom Zufall abhängen. In noch stärkerem Maße gilt das etwa, wenn der Verkäufer bereits einen Beitragsbescheid erhalten und den Beitrag gezahlt hatte, die zugrundeliegende Gemeindesatzung nachträglich für unwirksam erklärt wird, der Verkäufer deshalb seine Zahlung erstattet bekommt und der Käufer auf

Grund einer neuen Satzung nach langer Zeit als nunmehriger Eigentümer einen neuen Beitragsbescheid erhält.

Da diese Rechtslage im Allgemeinen nicht den Interessen der Vertragsparteien gerecht wird, vereinbaren sie zumeist eine andere Lastenverteilung, in erster Linie nach dem tatsächlichen Ausbauzustand im Zeitpunkt des Vertragsschlusses (vgl. Nieder, NJW 1984, 2662, 2665). Die Möglichkeit solcher Vereinbarungen macht eine gesetzliche Regelung aber nicht überflüssig, weil es immer wieder vorkommt, dass die Frage bei Abschluss des Vertrags nicht bedacht wird.

Zu Absatz 1

Absatz 1 sieht angesichts der bestehenden Probleme und der Vertragspraxis für Anliegerbeiträge eine besondere Regelung vor. Im Hinblick auf die erheblichen finanziellen Auswirkungen der Erschließungsbeiträge stellt die Vorschrift nicht auf die Fälligkeit der öffentlich-rechtlichen Beitragsschuld ab.

Die Schuldrechtskommission hatte eine Verteilung nach dem tatsächlichen Ausbauzustand im Zeitpunkt des Vertragsschlusses vorgeschlagen, allerdings bereits auf Schwierigkeiten bei der Abwicklung hingewiesen, die sich daraus ergeben, dass der Ausbauzustand bei Vertragsschluss häufig nicht leicht zu ermitteln ist. Dies gilt insbesondere im Rahmen einer (gerichtlichen) Auseinandersetzung, die längere Zeit später stattfinden kann.

Der Entwurf sieht deshalb mit dem „bautechnischen Beginn“ eine andere Anknüpfung vor. Ob Bauarbeiten in einem bestimmten Zeitpunkt überhaupt im Gang waren, lässt sich in aller Regel wesentlich einfacher feststellen als der genaue Stand ihres Fortschritts. Es ist erwogen worden, ohne weitere Einschränkung auf den Beginn der Erschließungsmaßnahmen abzustellen. Dieser Beginn ist indes schwierig zu ermitteln, weil die Erschließungsmaßnahmen in der Regel mit einer Beschlussfassung der kommunalen Gremien und einer Planungsphase beginnt. Auf solche Elemente kann nicht abgestellt werden, weil sie nicht äußerlich erkennbar sind. Dies ist bei dem bautechnischen Beginn der Maßnahme anders. Sobald sie in diesem Sinne sichtbar begonnen haben, kann der Verkäufer ihre voraussichtlichen Kosten bei der Vereinbarung des Kaufpreises berücksichtigen. Das schließt abweichende Vereinbarungen etwa nach dem tatsächlichen Ausbauzustand nicht aus, wie im Gesetzestext ausdrücklich klargestellt ist („soweit nicht anders vereinbart“).

Erfasst werden von der Vorschrift die Erschließungsbeiträge im Sinne der §§ 127 ff. BauGB und vergleichbare Lasten, die darauf beruhen, dass die Kosten öffentlicher Einrichtungen auf Grundstücke in ihrem Einzugsbereich bzw. auf deren Eigentümer umgelegt werden. Neben den Vorschriften des BauGB kommen insbesondere solche der Kommunalabgabengesetze in Betracht, aber auch Sonderregelungen für abgegrenzte Bereiche wie Spielplätze. Dass es nur um Anliegerbeiträge nach Vorschriften des öffentlichen Rechts geht, braucht nicht ausdrücklich in die Vorschrift aufgenommen zu werden. Wenn im Einzelfall einmal vergleichbare Leistungen auf Grund einer privatrechtlichen Verpflichtung zu erbringen sind, geht eine solche obligatorische Verpflichtung ohnehin nur auf Grund vertraglicher Übernahme auf den Käufer über, bei der zwangsläufig auch der Umfang der Übernahme vereinbart wird.

Absatz 1 ist nicht als Vorschrift über die Rechtsmängelhaftung ausgestaltet. Die Gründe, die dafür sprechen, sonstige öffentliche Lasten aus der Rechtsmängelhaftung auszuklammern, treffen auch für Anliegerbeiträge zu. Wenn der Käufer nach den öffentlich-rechtlichen Bestimmungen Beitragsschuldner ist, so kann dies nicht als Pflichtverletzung des Verkäufers angesehen werden; die bei Rechtsmängeln vorgesehenen Rechtsbehelfe wären auch nicht sachgerecht. Es soll lediglich eine Verpflichtung des Verkäufers geschaffen werden, in bestimmtem Umfang Anliegerbeiträge zu tragen, für die nach den öffentlichrechtlichen Vorschriften der Käufer Beitragsschuldner ist. Verletzt der Verkäufer diese Pflicht, so ergeben sich die Folgen aus den allgemeinen Vorschriften.

Zu Absatz 2

Für die übrigen öffentlichen Lasten soll in Absatz 2 die Regelung des bisherigen § 436 unverändert beibehalten werden. Die Freistellung des Verkäufers gilt nicht für alle öffentlich-rechtlichen Rechtspositionen, die gegenüber dem Grundstückseigentümer bestehen, sondern nur für Abgaben und Lasten, also für öffentlich-rechtliche Leistungspflichten, die aus dem Grundstück zu erfüllen sind (BGH, NJW 1983, 275). Nicht erfasst werden daher z. B. öffentlich-rechtliche Vorkaufsrechte, Verpflichtungen zur Übertragung des Eigentums (BGH aaO) oder öffentlichrechtliche Baubeschränkungen.

Ob öffentlich-rechtliche Baubeschränkungen einen Rechts- oder Sachmangel darstellen, braucht auch in diesem Zusammenhang nicht vom Gesetz entschieden zu werden (vgl. die Begründung zu § 435 RE). Auch sofern sie als Rechtsmangel angesehen werden, fallen sie nicht unter Absatz 2, weil es sich nicht um Leistungen handelt, die aus dem Grundstück zu erbringen sind. Das gilt trotz des übereinstimmenden Begriffs auch für Baulasten auf Grund von Bauordnungsvorschriften des Landesrechts. Den Verkäufer auch insoweit freizustellen,

wäre nicht angemessen. Zwar ist es dem Käufer möglich, sich wegen solcher Rechtsbeschränkungen zu erkundigen. Er muss aber nicht regelmäßig mit ihnen rechnen, und der Verkäufer hat jedenfalls keine geringeren Möglichkeiten, sich die entsprechende Kenntnis zu verschaffen.

Zu § 437 – Ansprüche und Rechte des Käufers bei Mängeln

§ 437 zählt die Rechte und Ansprüche auf, die dem Käufer bei der Lieferung einer mit einem Rechts- oder Sachmangel behafteten Sache durch den Verkäufer zustehen. Die grundlegende Änderung gegenüber dem geltenden Recht besteht darin, dass es ein besonderes Gewährleistungsrecht nicht mehr geben soll. Vielmehr wird die Lieferung einer mangelhaften Sache als Nichterfüllung der Verkäuferpflichten verstanden, wie bereits oben in der Begründung zu § 433 Abs. 1 Satz 2 RE erläutert wurde. Die Folgen für die Verpflichtung des Verkäufers und die Rechte und Ansprüche des Käufers ergeben sich deshalb aus dem allgemeinen Leistungsstörungsrecht, das durch die §§ 439 bis 441 RE lediglich in einzelnen Beziehungen im Hinblick auf die Besonderheiten des Kaufrechts modifiziert wird. Im Einzelnen sieht § 437 RE folgende Möglichkeiten des Käufers vor:

Zu Nummer 1 - Nacherfüllung

Nach § 433 Abs. 1 S. 2 RE hat der Verkäufer dem Käufer die Sache frei von Sach- und Rechtsmängeln zu verschaffen. Verletzt der Verkäufer diese Pflicht, steht dem Käufer ein Anspruch auf Rest- oder Nacherfüllung zu. Dieser Anspruch kann auf Nachbesserung oder auf Neulieferung einer mangelfreien Sache gerichtet sein.

Nach geltendem Recht gehört die Gewährleistung für Rechtsmängel zur Erfüllungspflicht des Verkäufers (bisheriger § 434). Hinsichtlich der Gewährleistung für Sachmängel wird zwischen Stückkauf und Gattungskauf unterschieden. Beim Stückkauf bedeutet die Übergabe und Übereignung einer fehlerhaften Sache nach h. M. Erfüllung des Kaufvertrags; Nacherfüllungsansprüche gibt es nicht. Wird dagegen beim Kauf einer nur der Gattung nach bestimmten Sache eine fehlerhafte Sache geliefert, so steht dem Käufer derzeit nach § 480 Abs. 1 Satz 1 ein Anspruch auf Ersatzlieferung zu; dieser Anspruch ist ein (Nach-) Erfüllungsanspruch. Ein Anspruch auf Mängelbeseitigung besteht dagegen auch in diesem Fall nicht. Anders ist die gesetzliche Regelung beim Werkvertrag: Hier kann der Besteller grundsätzlich auch Mängelbeseitigung verlangen (§ 633 alt).

Im geltenden Recht stehen Wandelung (Rückgängigmachen des Kaufs) und Minderung (Herabsetzung des Kaufpreises) als Käuferrechte im Vordergrund (bisheriger § 462). Der Verkäufer kann diese Rechte durch eine zweite Andienung nicht verhindern. Selbst der Anspruch auf Ersatzlieferung gemäß dem bisherigen § 480 Abs. 1 steht dem Käufer nach seiner Wahl neben Wandelung und Minderung zu. Anders ist auch hier die Rechtslage beim Werkvertrag. Bevor der Besteller weitergehende Rechte geltend machen kann, muss er dem Unternehmer eine Frist zur Mängelbeseitigung setzen; der Unternehmer kann so weitergehende Rechte des Bestellers durch Mängelbeseitigung abwenden (bisheriger § 634).

Diese Rechtslage entspricht jedenfalls heute in vielen Fällen nicht mehr dem Rechtsempfinden der Kaufvertragsparteien. Bei Lieferung einer fehlerhaften Sache stehen im Rechtsbewusstsein des Käufers Nacherfüllungsansprüche im Vordergrund; er erwartet, dass die fehlerhafte Kaufsache repariert oder umgetauscht wird. Insbesondere das Fehlen eines Mängelbeseitigungsanspruchs trägt den heutigen Gegebenheiten beim Verkauf komplex zusammengesetzter technischer Geräte nicht Rechnung. Das AGB-Gesetz billigt gegenwärtig in § 11 Nr. 10 Buchstabe b die Vereinbarung des Rechts auf Nacherfüllung, sofern dem Käufer das Recht erhalten bleibt, bei deren Fehlschlagen Wandelung oder Minderung zu verlangen. In der Praxis sehen die Allgemeinen Geschäftsbedingungen zumeist ein Recht des Käufers auf Nacherfüllung vor, sei es durch Nachbesserung und/oder Neulieferung. Dies entspricht regelmäßig sowohl den Interessen des Verkäufers als auch den Erwartungen des Käufers. Diese Interessenlage vernachlässigt das Bürgerliche Gesetzbuch, wenn es dem Verkäufer keine Möglichkeit zur zweiten Andienung gibt.

Ein Vergleich mit ausländischen Rechtsordnungen zeigt, dass überwiegend ein Recht des Käufers auf Mängelbeseitigung oder Ersatzlieferung anerkannt ist (Basedow, Die Reform des deutschen Kaufrechts, S. 63 ff.). Auch das UN-Kaufrecht gibt dem Käufer das Recht, vom Verkäufer Nachbesserung oder Ersatzlieferung zu verlangen, Artikel 46 Abs. 2 und 3. Nach Artikel 47 kann der Käufer dem Verkäufer eine angemessene Nachfrist zur Erfüllung seiner Pflichten setzen; vor Ablauf dieser Frist kann er grundsätzlich keinen Rechtsbehelf wegen Forderungsverletzung ausüben. Der Verkäufer hat deshalb während dieser Frist die Möglichkeit der zweiten Andienung. Artikel 3 Abs. 3 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie sieht ebenfalls vor, dass der Käufer zunächst Nachbesserung oder Ersatzlieferung verlangen kann.

Dem trägt § 439 mit der Einführung eines Nacherfüllungsanspruchs Rechnung, dessen nähere Ausgestaltung dort erläutert wird.

Zu Nummer 2 – Rücktritt und Minderung

Rücktritt

Hat die verkaufte Sache einen Sachmangel, so kann der Käufer bisher nach § 462 Rückgängigmachung des Kaufs verlangen, dessen Vollzug und Durchführung in den bisherigen §§ 465-467 geregelt ist. Das Recht zur Wandelung steht dem Käufer sofort zu, d. h. er braucht dem Verkäufer keine Gelegenheit zur Nacherfüllung zu geben. Nach dem derzeitigen § 465 wird die Wandelung dadurch vollzogen, dass der Verkäufer sich auf Verlangen des Käufers mit ihr einverstanden erklärt. Bis zum Vollzug kann der Käufer von einer zunächst verlangten Wandelung wieder Abstand nehmen und stattdessen Minderung verlangen. Die Durchführung der Wandelung richtet sich mit einigen Besonderheiten nach den Rücktrittsvorschriften (bisheriger § 467). Nach dem bisherigen § 459 Abs. 1 Satz 2 kommt eine Wandelung nicht in Betracht, wenn der Wert oder die Tauglichkeit einer Sache durch einen Fehler nur unerheblich gemindert ist; dies gilt allerdings nicht, soweit die Wandelung nach dem bisherigen § 459 Abs. 2 auf das Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft gestützt werden kann.

Hat die verkaufte Sache einen Rechtsmangel (bisheriger § 434), so stehen derzeit dem Käufer nach § 440 Abs. 1 die Rechte des allgemeinen Leistungsstörungsrechts zu; ein Rücktrittsrecht kann sich aus den bisherigen §§ 325, 326 ergeben.

Insbesondere im Zusammenhang mit der Wandelung wird gegenüber dem geltenden Recht beklagt, dass der Verkäufer kein „Recht zur zweiten Andienung" hat, obwohl dies zumeist im Interesse beider Vertragsparteien liegt. Im Übrigen wird bemängelt, dass die Wandelung gegenüber dem Rücktritt eigenständig geregelt ist, und zwar in einer unnötig umfangreichen und komplizierten Weise, die den Bedürfnissen der Praxis nicht gerecht wird. So hat der derzeitige § 465 zu verschiedenen Theorien über den Vollzug der Wandelung geführt (vgl. MünchKomm/Westermann, § 462 Rdn. 3 ff. m. w. N.). Nach dieser Vorschrift, die die Wandelung als Vertrag ausgestaltet, wäre das Recht des Käufers auf Wandelung ein Anspruch auf Vertragsschluss (so die heute nicht mehr vertretenen Vertragstheorien). Dies führt zu Schwierigkeiten, wenn der Verkäufer sich mit der Wandelung nicht freiwillig einverstanden erklärt. Erst nach rechtskräftiger Verurteilung zum Einverständnis wäre die Wandelung vollzogen und damit der Weg frei für eine - möglicherweise erneute gerichtliche - Durchsetzung von Ansprüchen aus der Wandelung. Dass dies vermieden werden muss, ist heute allgemeine Meinung. Nach den Herstellungstheorien soll deshalb die Gestaltungserklärung des Käufers genügen, um die Rechtsfolgen der Wandelung herbeizuführen; § 465 soll nur den Sinn haben, es dem Verkäufer zu ermöglichen, durch sein Einverständnis den Käufer an die

Wandelung zu binden. Die Theorien der richterlichen Gestaltungsakte oder modifizierten Vertragstheorien gehen davon aus, dass der Käufer sogleich Ansprüche aus der Wandelung geltend machen kann. Ein zuerkennender Richterspruch enthält die Umgestaltung des Kaufvertrags in ein Rückabwicklungsverhältnis. Die Rechtsprechung hat in diesem Theorienstreit keine Stellung bezogen. Es ist aber ständige gerichtliche Praxis, dass der Käufer im Streitfall sogleich seine Ansprüche aus der Wandelung gerichtlich geltend machen kann (vgl. RGZ 101, 64, 72; MünchKomm/Westermann, § 462 Rdn. 7 m. w. N.).

Artikel 3 Abs. 2 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie spricht von einem Anspruch des Käufers auf Vertragsauflösung, Absatz 5 nennt im Einzelnen die Voraussetzungen, unter denen der Käufer die Vertragsauflösung verlangen kann. Ein Recht zur Vertragsauflösung bei mangelhafter Lieferung findet sich auch in ausländischen Rechtsordnungen und in den internationalen Kaufrechten; es gehört zum Grundbestand der Käuferrechte.

Der Entwurf verzichtet auf eine eigenständige gesetzliche Regelung der Wandelung und stellt insoweit die Einheit zwischen allgemeinem Leistungsstörungsrecht und Gewährleistungsrecht her. Er sieht vor, im Kaufrecht die Voraussetzungen für das Recht des Käufers zum Rücktritt vom Vertrag durch eine Verweisung auf die das Rücktrittsrecht des Gläubigers enthaltenden Vorschriften des allgemeinen Leistungsstörungsrechts zu regeln. Er sieht davon ab, den Wortlaut dieser Vorschriften in einer angepassten Fassung zu wiederholen.

Nummer 1 erklärt zunächst § 323 RE - die Rücktrittsvorschrift des allgemeinen Leistungsstörungsrechts - für anwendbar. Das Recht des Käufers zum Rücktritt vom Vertrag wegen eines Mangels der Sache setzt danach grundsätzlich voraus, dass eine dem Verkäufer vom Käufer gesetzte angemessene Frist zur Nacherfüllung erfolglos abgelaufen ist (§ 323 Abs. 1 Satz 1 RE). Die Neuregelung weicht damit in einem entscheidenden Punkt vom geltenden Recht ab, das dem Käufer die sofortige Wandelung gestattet. Sie entspricht der derzeitigen gesetzlichen Regelung beim Rechtsmangel (bisherige §§ 440 Abs. 1, 326) und stimmt mit der des Werkvertrags (bisheriger § 634) überein. Nur in Ausnahmefällen erhält der Käufer ein Recht zum sofortigen Rücktritt (§§ 440, 323 Abs. 2, 326 Abs. 1 Satz 3).

Die Fristsetzung des § 323 Abs. 1 RE bezieht sich auf den Erfüllungsanspruch des Käufers aus § 433 Abs. 1 Satz 2 RE, der auf die Verschaffung einer sach- und rechtsmangelfreien Sache gerichtet ist. Die Besonderheit gegenüber der vollständigen Nichtleistung besteht bei der Schlechtleistung, als die sich die Lieferung einer mangelhaften Sache darstellt, darin, dass der Verkäufer in diesem Fall bereits einen Erfüllungsversuch unternommen hat. Dies kann nicht ohne Auswirkungen auf den Inhalt des Leistungsanspruchs bleiben. So kann in

dieser Situation der geschuldete Leistungserfolg auf verschiedene Weise herbeigeführt werden: Es kommt eine Nachbesserung der mangelhaften oder die Lieferung einer anderen, mangelfreien Sache in Betracht. Die sich hieraus ergebenden Modifikationen des Erfüllungsanspruchs sind in § 439 RE geregelt, der Anspruch ist als „Nacherfüllungsanspruch“ bezeichnet, wie bereits oben zu § 437 Nr. 1 RE erwähnt. Die nach § 323 Abs. 1 Satz 1 RE erforderliche Fristsetzung bezieht sich auf diesen Nacherfüllungsanspruch, was auch in seiner ausdrücklichen Erwähnung in § 323 Abs. 1 Satz 1 RE zum Ausdruck kommt. Es ist keineswegs so, dass der Käufer trotz eines mit Fristsetzung verbundenen Nacherfüllungsbegehrens anschließend, um zum Rücktritt zu gelangen, etwa nach der allgemeinen Vorschrift des § 323 Abs. 1 RE noch einmal eine Frist zur wie auch immer davon zu unterscheidenden „Leistung“ setzen müsste. Gegenstand der Fristsetzung nach § 323 Abs. 1 RE ist bei Lieferung einer mangelhaften Sache durch den Verkäufer der inhaltlich für das Kaufrecht in § 439 RE näher beschriebene Nacherfüllungsanspruch des Käufers.

Der Verkäufer bekommt so eine letzte Chance, den mit der Rückabwicklung des Vertrags verbundenen wirtschaftlichen Nachteil abzuwenden. Die Möglichkeit des Verkäufers, die Rückabwicklung des Vertrags durch fristgerechte Nachbesserung oder Neulieferung abzuwenden, ist auch für den Käufer interessengerecht. Er erhält, was er vertraglich zu beanspruchen hat. Vorrang vor dem Rücktritt vom Vertrag hat damit die Nacherfüllung durch den Verkäufer, wenn auch die Wahl zwischen den beiden Arten der Nacherfüllung dem Käufer zusteht, § 437 Abs. 1 RE. Dies entspricht auch dem Stufenverhältnis, das Artikel 3 Abs. 3 S. 1 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie für die verschiedenen Gewährleistungsrechte des Käufers vorsieht. Auch danach kann der Käufer nicht sofort die Vertragsauflösung oder die Minderung des Kaufpreises verlangen, sondern ist in einer ersten Stufe auf die Geltendmachung der Nacherfüllung in von ihm zu bestimmender Form beschränkt.

Als Rücktritt ist das Recht des Käufers zur Aufhebung des Vertrags – anders als die Wandelung – ein Gestaltungsrecht. Der Käufer ist an den erklärten Rücktritt gebunden und kann ihn nicht nach seinem freien Willen zurücknehmen und z. B. nach der Rücktrittserklärung stattdessen Minderung verlangen. Anders ist dies für den Schadensersatzanspruch, dessen Geltendmachung auch nach Rücktritt § 325 RE ausdrücklich zulässt. Es besteht kein Bedürfnis dafür, dem Käufer das Recht einzuräumen, auch nach Erklärung des Rücktritts diesen zu widerrufen, um zur Minderung überzugehen. Denn auch dann, wenn der Käufer an der Entscheidung für den Rücktritt festgehalten wird, erhält er das, was ihm zusteht. Vor einer übereilten (falschen) Entscheidung wird der Käufer geschützt, weil der Rücktritt nicht sofort, sondern erst nach Ablauf der dem Verkäufer zur Nacherfüllung gesetzten Frist erklärt werden kann.

Damit sind die Vorgaben des Artikels 3 Abs. 5 Spiegelstrich 2 in Verbindung mit Artikel 3 Abs. 3 S. 3 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie umgesetzt: Dort sind die Voraussetzungen genannt, unter denen der Verbraucher (Käufer) Minderung oder Vertragsauflösung verlangen kann. Diese Rechte sollen ihm erst in zweiter Linie nach der vorrangig geltend zu machenden Nacherfüllung zustehen. Der Entwurf gewährleistet den Vorrang der Nacherfüllung dadurch, dass der Käufer erst nach Setzen einer angemessenen Frist zurücktreten kann. Das entspricht Artikel 3 Abs. 3 S. 3 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, der bestimmt, dass die Nacherfüllung innerhalb einer angemessenen Frist erfolgen muss. Geschieht dies nicht, so kann der Käufer nach §§ 438 Abs. 1, 323 Abs. 1 RE vom Vertrag zurücktreten, ebenso wie dies Artikel 3 Abs. 5, 2. Spiegelstrich der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie vorsieht. Dort ist als Voraussetzung für den Rücktritt genannt, dass der Verkäufer nicht innerhalb einer angemessenen Frist Abhilfe geschaffen hat.

Es ist in der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie allerdings nicht die Rede davon, dass der Käufer dem Verkäufer eine Frist setzen muss. Daraus haben Ernst (ZRP 2001, 1 ff., 9) und Gsell (Ernst/Gsell, ZIP 2000, 1410, 1418) den Schluss gezogen, das nationale Recht dürfe dem Käufer nicht die Obliegenheit auferlegen, dem Verkäufer eine Frist zur Nachbesserung oder Ersatzlieferung zu setzen. Das trifft indessen nicht zu. Auch nach der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie wird von dem Käufer erwartet, dass er seinen Nacherfüllungsanspruch gegenüber dem Verkäufer anmeldet und sich dabei zwischen den beiden Arten der Nacherfüllung (Nachbesserung oder Nachlieferung) entscheidet. Während die Richtlinie offenlässt, was unter einer „angemessenen Frist“ zu verstehen ist, gibt der Entwurf dem Käufer die Möglichkeit, diese Frist selbst zu bestimmen. Auch nach der Konzeption der Richtlinie muss der Käufer entscheiden, wann eine „angemessene Frist“ abgelaufen ist, weil davon abhängt, dass er zu der nächsten Stufe der Mängelrechte übergehen, also zurücktreten oder mindern kann. Wenn der Entwurf in § 323 Abs. 1 RE dem Käufer von vornherein die Möglichkeit gibt, die Frist selbst zu bestimmen, so stellt dies deshalb keine richtlinienwidrige Schlechterstellung des Verbrauchers (Käufers) dar. Selbst wenn im Übrigen ein Nacherfüllungsverlangen zunächst nicht mit einer Fristsetzung verbunden war, so ist damit kein Rechtsverlust des Käufers verbunden. Nach allgemeinem Leistungsstörungsrecht hätte er vielmehr allenfalls die Fristsetzung zu wiederholen, unbeschadet der Frage, ob nicht eine Fristsetzung im Einzelfall dann nach § 323 Abs. 2 Nr. 1 oder 3 RE entbehrlich ist. In aller Regel wird jedenfalls bei der Bemessung der dann noch „angemessenen“ Frist die bereits zuvor erfolgte, wenn auch zunächst „fristlose“ Aufforderung zur Nacherfüllung nicht unberücksichtigt bleiben können.

Auch wenn man dies noch nicht als ausreichend zur Umsetzung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie ansehen sollte, so ist § 440 RE zu beachten, der Ausnahmen von dem Erfordernis der Fristsetzung vorsieht. Letzteres entfällt dann, wenn die Nacherfüllung „fehlgeschlagen“ ist. Damit wird an einen bereits bisher in § 11 Nr. 10 Buchstabe b AGBG verwendeten und von Rechtsprechung und Wissenschaft inzwischen mit Inhalt gefüllten Begriff angeknüpft, dessen Reichweite nicht geändert werden soll. Von einem „Fehlschlagen“ der Nachbesserung wird man daher auch künftig ausgehen müssen, wenn der Verkäufer trotz Aufforderung durch den Käufer die Nacherfüllung nicht in angemessener Frist vorgenommen hat, auch wenn eine Fristsetzung durch den Käufer im Einzelfall mit der Aufforderung nicht verbunden war (vgl. Palandt/Heinrichs, § 11 AGBG Rdn. 57).

Eine richtlinienwidrige Erschwerung des Rücktrittsrechts liegt auch nicht darin, dass § 323 Abs. 1 RE a. E. eine Ausnahme vom Rücktrittsrecht dann vorsieht, wenn der Schuldner nicht mit dem Rücktritt rechnen musste. Nach der eindeutigen Formulierung der Vorschrift handelt es sich nicht um die Normierung einer weiteren Voraussetzung für das Rücktrittsrecht etwa im Sinne einer „kleinen“ Ablehnungsandrohung. Vielmehr ist der erfolglose Ablauf der gesetzten angemessenen Frist einzige Voraussetzung für das Rücktrittsrecht. Der letzte Halbsatz des § 323 Abs. 1 RE enthält lediglich eine Konkretisierung des allgemeinen Grundsatzes von Treu und Glauben aus § 242, die auch ohne ihre ausdrückliche Ausformulierung zu beachten wäre. Gemeint sind lediglich Sondersituationen, in denen sich aus einer ausdrücklichen Erklärung des Gläubigers (Käufers) oder aus den Umständen ergibt, dass die Fristsetzung nicht als „endgültig“, weil den Weg zu den Sekundäransprüchen eröffnend gemeint war. Das sind seltene Ausnahmefälle, deren Voraussetzungen zudem der Schuldner (Verkäufer) darzulegen und zu beweisen hat, wie sich aus der Fassung des § 323 Abs. 1 RE („es sei denn“) ergibt. Auch die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie verlangt von dem Verbraucher eine hinreichend deutliche Geltendmachung seiner Mängelansprüche. Nichts anderes ergibt sich aus dem letzten Halbsatz von § 323 Abs. 1 RE. Schließlich ist auch in diesem Zusammenhang auf § 440 RE zu verweisen. Bei einem „Fehlschlagen“ der Nachbesserung ist eine Fristsetzung schlechthin entbehrlich, so dass sich in diesem Fall auch die angesprochene weitere, mit der Fristsetzung verbundene Frage eines „Rechnenmüssens“ des Schuldners mit dem Rücktritt nicht stellt.

§ 326 Abs. 1 Satz 3 RE, auf den § 437 Nr. 2 RE auch verweist, sieht eine Rücktrittsmöglichkeit ohne Fristsetzung ferner dann vor, wenn die Nacherfüllung (anfänglich oder nachträglich) unmöglich ist. Eine Fristsetzung macht dann von vornherein keinen Sinn. Auch Artikel 3 Abs. 3 Satz 1 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie sieht einen Nacherfüllungsanspruch als „erste“ Stufe der Mängelrechte des Käufers nur für den Fall vor, dass die Nacherfüllung nicht

unmöglich ist. Der Käufer kann dann nach Artikel 3 Abs. 5, 1. Spiegelstrich sofort zur „zweiten“ Stufe übergehen, also zurücktreten.

§ 326 Abs. 1 Satz 3 RE bezieht sich auf die Schlechtleistung, nicht auf die in § 326 Abs. 1 Satz 2 RE genannte Teilleistung. Der Entwurf unterscheidet beide Fälle auch an anderer Stelle, nämlich in § 323 Abs. 4 und § 281 Abs. 1 Satz 3 RE. Teilleistung in § 326 Abs. 1 Satz 2 RE ist deshalb nach der allgemeinen Regelung nur die quantitative, nicht aber die qualitative Teilleistung. Nur für letztere gilt § 323 Abs. 1 Satz 3 RE. Bei der Lieferung einer mangelhaften Sache hat der Käufer deshalb bei Unmöglichkeit der Nacherfüllung gemäß § 437 Nr. 2 in Verbindung mit § 326 Abs. 1 Satz 3, § 323 RE das Recht zum Rücktritt ohne Fristsetzung. Wegen der Erweiterung des Mangelbegriffs im Kaufrecht und damit auch der Erweiterung des Begriffs der „nicht vertragsgemäßen“ Leistung durch § 434 Abs. 3 RE gilt dieses Rücktrittsrecht im Kaufrecht – insofern abweichend von den allgemeinen Regeln – allerdings auch für die Teilleistung.

Bei einer „unerheblichen Minderung des Wertes oder der Tauglichkeit" im Sinne des bisherigen § 459 Abs. 1 Satz 2 bzw. bei einer „geringfügigen Vertragswidrigkeit“ im Sinne des Artikel 3 Abs. 6 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie ist der Rücktritt vom Kaufvertrag ausgeschlossen. Dies ergibt sich jetzt aus § 323 Abs. 4 Satz 2 RE, der den Ausschluss des Rücktrittsrechts bei einer unerheblichen Pflichtverletzung vorsieht. Das gilt auch bei einem Rücktrittsrecht aus § 326 Abs. 1 Satz 3 in Verbindung mit § 323 RE.

Nach geltendem Recht gilt der Ausschluss des Rücktrittsrechts nicht, wenn der Verkäufer eine Eigenschaft zugesichert hat. Insoweit ist eine Änderung nicht beabsichtigt. Hier findet § 323 Abs. 4 Satz 2 RE keine Anwendung, da bei der Zusicherung einer Eigenschaft und der darin liegenden Übernahme einer Garantie für das Vorhandensein bestimmter Eigenschaften nicht von einer „unerheblichen" Pflichtverletzung gesprochen werden kann, selbst wenn der Wert oder die Tauglichkeit der Sache nur unerheblich gemindert ist.

Artikel 3 Abs. 5 Spiegelstrich 3 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie wird gelegentlich so verstanden, dass der Verbraucher auch ein Recht auf Rücktritt oder Minderung erhalten muss, wenn die Nacherfüllung zwar erfolgreich, aber mit erheblichen Unannehmlichkeiten für den Verbraucher verbunden war (z. B. Ernst/Gsell, ZIP 2000, 1410, 1417/1418; Roth in: Ernst/Zimmermann, S. 225, 242-244). In diesem Sinne ist die etwas missverständliche Formulierung der Richtlinie aber nicht gemeint gewesen. Ein Rücktritt nach vollständiger Erfüllung der geschuldeten Leistung ergibt keinen Sinn. Hierzu ist auch auf die Entstehungsge-

schichte der Bestimmung hinzuweisen. Artikel 3 Abs. 4 des Gemeinsamen Standpunktes vom 24. September 1998 (Amtsblatt EG Nr. C 333 S. 46) lautete:

> „Hat der Verbraucher weder Anspruch auf Nachbesserung noch auf Ersatzlieferung oder hat der Verkäufer nicht innerhalb einer angemessenen Frist und ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher Abhilfe geschaffen, so kann der Verbraucher eine angemessene Minderung des Kaufpreises oder eine Vertragsauflösung verlangen."

Hier wird durch die Zusammenfassung in einem Satz und den engen Zusammenhang mit der Versäumung einer „angemessenen Frist" deutlich, dass nur die Fälle erfasst werden sollen, in denen es an einer Abhilfe fehlt. Denn ein Recht des Verbrauchers auf Vertragsauflösung oder Herabsetzung des Kaufpreises setzt danach voraus, dass innerhalb einer angemessenen Frist gerade keine Abhilfe geschaffen wurde. In der Begründung des Rates (ABl. EG Nr. C 333 S. 54) ist in einer Fußnote die Notwendigkeit einer Überprüfung einiger Sprachfassungen dieses Absatzes erwähnt. Das bezog sich auf die Verknüpfung der beiden Gesichtspunkte „angemessene Frist" und „erhebliche Unannehmlichkeiten", die in der endgültigen Fassung nach Aufteilung des Absatzes in drei Spiegelstriche mit einem „oder" erfolgte.

Diese Entstehungsgeschichte belegt ergänzend zu der gültigen Fassung der Richtlinie, dass die Spiegelstriche 2 und 3 des jetzigen Artikels 3 Abs. 5 nicht unterschiedlich behandelt werden können. Wollte man im Fall des Spiegelstrichs 3 z. B. eine Rücktrittsmöglichkeit einräumen, so müsste das auch im Fall des Spiegelstrichs 2 so geschehen. Dann könnte auch derjenige Käufer zurücktreten, der den gekauften defekten PKW dem Händler zur Nachbesserung gegeben hat und ihn nach zwei Tagen ordnungsgemäß repariert zurückerhält, wenn man für die Reparatur eine Frist von einem Tag für angemessen ansieht. Das kann nicht richtig sein und ist auch von der Richtlinie nicht gewollt. Vielmehr kann es nur darauf ankommen, dass eine angemessene Frist nach Aufforderung zur Nacherfüllung verstreicht, ohne dass die Nacherfüllung erfolgreich vorgenommen wird. Dann muss der Käufer das Recht zur Vertragsauflösung oder zur Herabsetzung des Kaufpreises erhalten (in diesem Sinne auch: Micklitz, EuZW 1999, 485, 488; Welser/Jud, Zur Reform des Gewährleistungsrechts, Verhdlg. d. öst. JT, 2000, Bd. II/1 S. 86). Das ist nach dem Entwurf – wie bereits ausgeführt – gewährleistet. Artikel 3 Abs. 5 Spiegelstrich 3 ist dann so zu verstehen, dass dem Verbraucher diese Rechte auch zustehen müssen, sobald erkennbar wird, dass die Nacherfüllung mit erheblichen Unannehmlichkeiten verbunden ist. Das kann sich bereits von vornherein oder während des Laufs einer angemessenen Frist so herausstellen. Geregelt ist dies in § 440 RE letzter Fall, der ein Rücktrittsrecht (in Verbindung mit § 441 Abs. 1 RE auch ein Minderungsrecht) des Käufers unabhängig von einer Fristsetzung begründet, wenn die

Nacherfüllung dem Käufer unzumutbar ist. Dann kommt es auf das Setzen einer Frist oder den Ablauf einer bereits gesetzten Frist nicht mehr an. Schließlich sei noch darauf verwiesen, dass die mit der Nacherfüllung verbundenen „erheblichen Unannehmlichkeiten“, von denen die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie spricht, nicht selten auf eine Nebenpflichtverletzung des Verkäufers zurückzuführen sein werden, so dass der Käufer unter den Voraussetzungen des § 280 Abs.1 RE Schadensersatz verlangen kann.

Minderung

Hat die gelieferte Sache einen Mangel, so kann der Käufer ein Interesse daran haben, sie zu behalten und den Kaufpreis herabzusetzen. Diesem Ziel dient die Minderung. Dabei ist zunächst die Frage zu behandeln, ob die Minderung als Rechtsbehelf in das allgemeine Leistungsstörungsrecht neben Rücktritt und Schadensersatz eingestellt werden soll. Entscheidend dagegen spricht, dass die Minderung für einzelne Vertragstypen, insbesondere für den Dienstvertrag, als Rechtsbehelf ausgeschlossen bleiben muss. Für den Kauf- und Werkvertrag bedarf es daher einer besonderen Vorschrift über die Minderung.

Voraussetzung und Durchführung der Minderung sind bisher in den §§ 462, 465 wie für die Wandelung geregelt. Bis zum Vollzug eines dieser Rechte stehen Wandelung und Minderung dem Käufer alternativ zu. Die Durchführung der Minderung regeln im geltenden Recht die §§ 472, 473.

Die Minderung des Kaufpreises ist in fast allen kontinentalen Kaufrechten und auch in den internationalen Kaufrechten vorgesehen. Sie besteht meist in einer proportionalen Herabsetzung des Kaufpreises, wie sie auch bisher in § 472 vorgesehen ist. Für die Wertermittlung kommt es zum Teil auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses an (wie bisher in § 472); teilweise ist dagegen der Zeitpunkt der Lieferung entscheidend (so Artikel 50 UN-Kaufrecht). Artikel 3 Abs. 2 und 5 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie geben dem Käufer ebenfalls das Recht auf Minderung.

Demgemäss sieht auch § 441 RE das Recht des Käufers vor, den Kaufpreis zu mindern. § 437 Nr. 2 RE verweist auf diese Vorschrift, und zwar als ein alternativ zu dem Rücktritt bestehendes Gestaltungsrecht des Käufers („oder“). Eine Minderung kraft Gesetzes gibt es nach dem Entwurf auch nicht bei Unmöglichkeit der Nacherfüllung. Das folgt daraus, dass § 326 Abs. 1 Satz 1 RE, aus dem sich eine derartige Rechtsfolge ergeben könnte, auf den Fall der Schlechtleistung, also der nicht vertragsgemäßen Leistung keine Anwendung findet. Vielmehr erklärt § 326 Abs. 1 Satz 2 RE ausdrücklich nur für die Teilleistung § 441 Abs. 3 RE für entsprechend anwendbar, eine Bestimmung, die – wie soeben ausgeführt – im Kaufrecht

wegen § 434 Abs. 3 RE ohnehin keine Anwendung findet. Bei Lieferung einer mangelhaften Sache gibt es vielmehr nach den allgemeinen Regeln nur ein Rücktrittsrecht, entweder unmittelbar aus § 323 RE nach Fristsetzung oder – bei Unmöglichkeit der Nacherfüllung – ohne Fristsetzung aus § 326 Abs. 1 Satz 3 in Verbindung mit § 323 RE. Eine Möglichkeit zur Minderung folgt auch in diesem Fall nur aus der kaufrechtlichen Vorschrift des § 437 Nr. 2 in Verbindung mit § 441 RE.

Die weiteren Erläuterungen zum Minderungsrecht finden sich in den Anmerkungen zu § 441 RE.

Zu Nummer 3

Schadensersatz

§ 437 Nr. 3 RE enthält die Verweisung auf die Vorschriften, nach denen der Käufer bei Lieferung einer mangelhaften Sache durch den Verkäufer Schadensersatz verlangen kann. Wie schon das Rücktrittsrecht ist auch der Schadensersatzanspruch des Käufers nicht mehr speziell im Kaufrecht geregelt, sondern ergibt sich aus den Vorschriften des allgemeinen Leistungsstörungsrechts. Lediglich in § 440 RE finden sich besondere Bestimmungen zur Entbehrlichkeit der Fristsetzung, die durch kaufrechtliche Besonderheiten veranlasst sind. Nähere Erläuterungen folgen insoweit in den Anmerkungen zu § 440 RE.

Verletzt der Verkäufer seine Pflicht aus § 433 Abs. 1 S. 2 RE, dem Käufer die Sache frei von Sach- und Rechtsmängeln zu verschaffen, erleidet der Käufer einen Schaden, weil die Sache wegen des Mangels nicht den Wert hat, den sie ohne Mangel hätte (eigentlicher Mangelschaden). Darüber hinaus kann dem Käufer ein Schaden entstehen, der über den den Mangel begründenden Nachteil an der verkauften Sache hinausgeht, z. B. weil sich der Käufer an einem schadhaften Maschinenteil verletzt. Der Schaden des Käufers kann auch darin liegen, dass der Verkäufer die Nacherfüllung verzögert, z. B . die Maschine nicht innerhalb angemessener Frist repariert und es dadurch zu einem Produktionsausfall kommt. Letztlich kann der Käufer auch geschädigt sein, weil wegen des Mangels ein Weiterverkauf der Sache zu besonders günstigen Bedingungen scheitert.

Die Rechtsordnung muss regeln, ob und unter welchen Voraussetzungen der Käufer Ersatz seines Schadens verlangen kann. Die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie enthält hierzu keine Vorgaben, sondern überlässt die Ausgestaltung des Schadensersatzanspruchs den Mitgliedsstaaten.

Bei Vorliegen eines Rechtsmangels ergeben sich nach geltendem Recht Schadensersatzansprüche über den bisherigen § 440 aus den Vorschriften des allgemeinen Leistungsstörungsrechts. Bei Sachmängeln sieht das Gesetz derzeit Schadensersatzansprüche des Käufers nach den bisherigen §§ 463, 480 Abs. 2 nur vor, wenn der Verkäufer eine falsche Eigenschaftszusicherung abgegeben oder sich arglistig verhalten hat. Das Bürgerliche Gesetzbuch kennt außerhalb dieser Vorschriften keinen allgemeinen Schadensersatzanspruch des Käufers, wenn er durch die Lieferung einer fehlerhaften Sache einen Schaden erleidet, selbst wenn der Verkäufer den Mangel zu vertreten hat. Trotzdem gibt der Satz, der Verkäufer hafte nur bei Zusicherung oder Arglist auf Schadensersatz, den tatsächlichen Rechtszustand falsch wieder.

In der Erkenntnis, dass die Rechtsbehelfe der Wandelung und Minderung den Käufer nicht hinreichend vor solchen Schäden schützen, die über den den Mangel begründenden Nachteil der verkauften Sache hinausgehen, hat die Rechtsprechung neben den bisherigen §§ 463, 480 Abs. 2 ein Anspruchssystem entwickelt, das über Umwege das Regel/Ausnahmeverhältnis nahezu umgekehrt hat. Gewohnheitsrechtlich gilt heute eine Haftung des Verkäufers für schuldhaft verursachte Mangelfolgeschäden aus dem Gesichtspunkt der positiven Forderungsverletzung. Hat der Verkäufer eine besondere Beratung des Käufers übernommen, eine Aufklärungspflicht verletzt oder eine fahrlässig falsche Angabe über Eigenschaften der Kaufsache gemacht, kommt eine Haftung nach den Regeln über culpa in contrahendo in Betracht. Die unrichtige Erklärung, die verkaufte Maschine könne an einem bestimmten vorgesehenen Platz aufgestellt werden, kann Grundlage eines Anspruchs wegen Verschuldens bei Vertragsanbahnung sein (BGH, NJW 1962, 1198 f.).

Hieraus folgt bereits der Modernisierungsbedarf. Der Sache nach geht es um die Übernahme des allgemeinen Grundsatzes, dass der Schuldner, der die Pflichtverletzung zu vertreten hat, dem Gläubiger schadensersatzpflichtig ist. Für eine Privilegierung des Verkäufers durch eine kaufrechtliche Sonderregelung besteht kein Anlass.

Die Bewältigung dieser Problematik ist im geltenden Recht bis heute nicht gelungen. Schon in der allgemeinen Begründung ist im Einzelnen dargestellt, dass die Konkurrenz der Haftung wegen falscher Zusicherung oder Arglist zur Haftung aus positiver Forderungsverletzung bis heute nicht überzeugend gelöst ist. Hingewiesen sei auf die vielfach spitzfindige Unterscheidung von Mangelschäden und Mangelfolgeschäden und die vom Ergebnis her fragwürdige Rechtsprechung, nach der eine Haftung aus positiver Forderungsverletzung für Mangelschäden nicht in Betracht kommt. Die Herausnahme der eigentlichen Mangelschäden aus der Haftung ist nicht nachvollziehbar. Auch hat die Rechtsprechung den Tatbestand des

bisherigen § 463 durch Annahme von stillschweigenden und schlüssigen Eigenschaftszusicherungen in einer Weise aufgeweicht, die von Westermann (MünchKomm/Westermann, § 463 Rdn. 33) als eine versteckte Korrektur bezeichnet wird, die „nicht überzeugend und methodisch nicht ehrlich ist". Die Unsicherheit über Bestehen und Umfang solcher Schadensersatzansprüche belastet die Rechtssicherheit in unerträglichem Maße.

Der Entwurf übernimmt im Wesentlichen die Ergebnisse der Rechtsprechung zum Schadensersatz. Neu ist die Einführung einer Schadensersatzhaftung des Verkäufers auch für den „eigentlichen Mangelschaden" bei einem auch nur fahrlässigen Verhalten des Verkäufers. Hierin allein liegt die entscheidende Änderung gegenüber dem geltenden Recht.

Zunächst ist auf § 280 RE verwiesen. Aus dessen Absatz 1 ergibt sich ein Anspruch des Käufers auf Ersatz des Schadens, der ihm dadurch entstanden ist, dass der Verkäufer seine Pflicht zur Lieferung einer mangelfreien Sache aus § 433 Abs. 1 Satz 2 RE verletzt hat; dieser Anspruch ist ausgeschlossen, wenn der Verkäufer die mangelhafte Lieferung nicht zu vertreten hat.

Dadurch, dass § 280 Abs. 3 RE für den an die Stelle der Leistung tretenden Schadensersatz, also nach bisheriger Terminologie den Nichterfüllungsschaden, das Vorliegen besonderer Voraussetzungen verlangt, folgt, dass der Schadensersatzanspruch aus § 280 Abs. 1 RE nicht den Schaden erfasst, der im Mangel der Sache selbst liegt. Insoweit kann der Käufer Schadensersatz nur beim Vorliegen der sich aus § 281 RE ergebenden zusätzlichen Erfordernisse verlangen; nach § 281 Abs. 1 RE ist regelmäßig der ergebnislose Ablauf einer zuvor gesetzten Frist zur Nacherfüllung erforderlich. Auf § 281 RE wird in § 437 Nr. 3 RE ebenfalls verwiesen.

Nach § 280 Abs. 1 RE sind die über das Erfüllungsinteresse des Käufers hinausgehenden Vermögensnachteile des Käufers auszugleichen. Es geht um den Ersatz solcher Schäden, die nach geltendem Recht unter dem Gesichtspunkt der positiven Forderungsverletzung ersatzfähig sind, die also durch die Mangelhaftigkeit der Kaufsache an anderen Rechtsgütern als der Kaufsache selbst eingetreten sind (Körperschäden, Vermögensschäden). Ersatz des eigentlichen Mangelschadens kann der Käufer nach § 281 RE grundsätzlich erst nach erfolglosem Ablauf einer Frist zur Nacherfüllung verlangen. Der Anspruch ist auf den „kleinen Schadensersatz" beschränkt, d. h. auf Ersatz des durch den Mangel verursachten Minderwerts der Kaufsache. „Großen Schadensersatz" kann der Käufer gemäß § 281 Abs. 1 Satz 3 RE nur bei Interessefortfall verlangen.

Die Einführung eines Anspruchs des Käufers auf Nacherfüllung bei einem Sachmangel verlangt eine Sanktion, wenn der Verkäufer die Nacherfüllung verzögert und dies von ihm zu vertreten ist.

Beim Vorliegen eines Rechtsmangels kann der Käufer nach geltendem Recht den Verkäufer in Verzug setzen und Ersatz des Verzugsschadens verlangen. Beim Werkvertrag stehen dem Besteller neben dem Mängelbeseitigungsanspruch aus dem bisherigen § 633 Abs. 2 die Rechte aus dem allgemeinen Schuldrecht zu, insbesondere also auch ein Anspruch darauf, bei Verzug des Unternehmers mit der Mängelbeseitigung Ersatz des Verzugsschadens zu erhalten.

§ 437 Nr. 3 RE verweist auch auf § 280 Abs. 2 RE, der den Ersatz von Verzögerungsschaden von den zusätzlichen Voraussetzungen des § 286 RE abhängig macht. Das entfaltet insoweit keine Wirkung, als die Pflichtverletzung im Sinne des § 280 Abs. 1 Satz 1 RE darin liegt, dass der Verkäufer entgegen seiner vertraglichen Verpoflichtung aus § 433 Abs. 1 Satz 2 RE eine mangelhafte Sache geliefert hat. Eine Anwendung des § 286 RE ist insoweit in § 280 Abs. 1 RE nicht vorgesehen. Liefert der Verkäufer also beispielsweise schuldhaft eine mangelhafte Maschine und verzögert sich deswegen deren Inbetriebnahme, so ist der Betriebsausfallschaden unabhängig von den weiteren Voraussetzungen des Verzugs unmittelbar nach § 280 Abs. 1 RE zu ersetzen. Den weitergehenden Schaden, der durch eine Verzögerung der Nacherfüllung entsteht, hat der Verkäufer allerdings gemäß § 437 Nr. 3 in Verbindung mit § 280 Abs. 1 und 2 RE nur unter den zusätzlichen Voraussetzungen des § 286 RE zu ersetzen. Bevor der Käufer insoweit einen Verzögerungsschaden geltend machen kann, muss also Verzug des Verkäufers mit der Erfüllung des Anspruchs des Käufers aus § 439 RE gegeben sein. Das spielt in den Fällen des mangelbedingten Nutzungsausfallschadens keine Rolle, wie soeben anhand eines Beispiels ausgeführt; von Bedeutung ist diese Voraussetzung des Verzugs insbesondere für den Ersatz von Rechtsverfolgungskosten, die dem Käufer durch die Geltendmachung des Nacherfüllungsanspruchs aus § 439 RE entstehen. Praktisch wird es hier jedoch kaum zu Problemen kommen, weil in der Aufforderung zur Nacherfüllung, erst recht in Verbindung mit einer Fristsetzung in aller Regel eine Mahnung zu sehen sein wird.

§ 437 Nr. 3 RE nimmt außerdem die Vorschriften in Bezug, die im allgemeinen Leistungsstörungsrecht die Schadensersatzpflicht des Schuldners bei Unmöglichkeit der Leistung regeln, nämlich die §§ 283 und 311a RE. Damit sind in dem hier maßgeblichen Zusammenhang die Fälle angesprochen, in denen die Erfüllung des Anspruchs aus § 439 RE unmöglich ist. Der Käufer kann dann auch ohne Fristsetzung, die in diesem Fall sinnlos ist, gemäß § 283 Satz 1

RE Schadensersatz statt der Leistung verlangen, statt der ganzen Leistung, also großen Schadensersatz aber nur gemäß § 283 Satz 2 in Verbindung mit § 281 Abs. 1 Satz 3 RE bei Interessefortfall. § 311a Abs. 2 RE betrifft die anfängliche Unmöglichkeit.

Ersatz vergeblicher Aufwendungen

Schließlich hat auch der Käufer die Möglichkeit, gemäß § 284 RE an der Stelle des Schadensersatzes statt der Leistung Ersatz vergeblicher Aufwendungen zu verlangen. Auch auf diese Vorschrift wird in § 437 Nr. 3 RE verwiesen. Hierunter fallen auch die Vertragskosten, die nach dem bisherigen § 467 Satz 2 im Falle der Wandelung zu ersetzen sind. Eine besondere Vorschrift im Kaufrecht ist deshalb entbehrlich. Verbunden ist damit allerdings eine sachliche Änderung: Die Vertragskosten konnte der Käufer bisher nach § 467 Satz 2 verschuldens*un*abhängig als Folge der Wandelung ersetzt verlangen. Künftig folgt aus § 284 in Verbindung mit §§ 281, 280 Abs. 1 Satz 2 RE, dass dieser Anspruch von einem – wenn auch vermuteten – Verschulden des Verkäufers abhängt. Diese Änderung ist sachlich gerechtfertigt. Der bisherige § 467 Satz 2 stellte einen Fremdkörper im Recht der Wandelung dar. Er geht über die bloße Rückgewähr der gegenseitig empfangenen Leistungen hinaus und gibt dem Käufer einen Anspruch auf Ersatz von Nachteilen, die er im Zusammenhang mit dem Vertragsschluss gehabt hat, befriedigt also ein Interesse des Käufers, das ansonsten im Rahmen eines Schadensersatzanspruchs verfolgt werden müsste. Es ist deshalb gerechtfertigt, diese Sonderregel abzuschaffen und einen Anspruch der Vertragskosten nur im Rahmen der durch § 284 RE ergänzten allgemeinen Regeln über den Schadensersatzanspruch bei Pflichtverletzung vorzusehen.

Im Übrigen ergeben sich daraus insgesamt gegenüber dem geltenden Recht im Wesentlichen folgende Änderungen:

Liegen derzeit die Voraussetzungen des bisherigen § 463 für einen Schadensersatzanspruch des Käufers vor, so hat der Käufer die Wahl zwischen dem Behalten der fehlerhaften Sache und der Liquidation des Minderwerts (kleiner Schadensersatz) und Ersatz des durch die Nichterfüllung des gesamten Vertrags entstandenen Schadens (großer Schadensersatz) unter Zurückweisung der Kaufsache. Den „großen Schadensersatz" kann der Käufer künftig nur verlangen, wenn sein Interesse an der geschuldeten Leistung dies erfordert, § 437 Nr. 3 in Verbindung mit §§ 280, 281 Abs. 1 Satz 3 RE.

Die Einführung einer allgemeinen Schadensersatzpflicht des Verkäufers (für zu vertretende Pflichtverletzung) führt zu einer Ersatzpflicht für den eigentlichen Mangelschaden, und zwar nach § 281 Abs. 1 Satz 1 RE als „kleiner Schadensersatz" und nach § 281 Abs. 1 Satz 3 RE

als „großer Schadensersatz", jeweils nach Fristsetzung zur Nacherfüllung. Hierin liegt der Kern der Neugestaltung der Schadensersatzansprüche im Kaufrecht.

Derzeit kann der Käufer nach § 463 Schadensersatz nur ausnahmsweise verlangen, nämlich dann, wenn der verkauften Sache eine zugesicherte Eigenschaft fehlt oder der Verkäufer einen Fehler arglistig verschwiegen hat. Diese Voraussetzungen werden aufgegeben. Andererseits haftet der Verkäufer nach § 281 Abs. 1 in Verbindung mit § 280 Abs. 1 Satz 2 RE nicht, wenn er die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat. Die verschuldensunabhängige Schadensersatzhaftung des bisherigen § 463 verliert ihre Sonderstellung; sie geht auf in § 276 Abs. 1 Satz 1 RE, nach dem eine Garantiehaftung ohne Verschulden eingreifen kann. Sichert der Verkäufer bestimmte Eigenschaften der Kaufsache zu und übernimmt damit eine Garantie für deren Vorhandensein, so ergibt sich eine nach näherer Maßgabe des Garantieinhalts strengere Haftung im Sinne des § 276 Abs. 1 Satz 1 RE. Schließlich kann der Käufer abweichend von dem bisherigen § 463 Schadensersatz statt der Leistung erst verlangen, wenn er dem Verkäufer zuvor eine angemessene Frist für die Nacherfüllung bestimmt hat. Entsprechend der Regelung für den Rücktritt und die Minderung erhält der Verkäufer noch eine Gelegenheit, durch Nachbesserung oder Neulieferung die ihn wirtschaftlich härter treffende Schadensersatzpflicht abzuwenden.

Die Bedeutung der Haftungsverschärfung des Verkäufers sollte nicht überschätzt werden. Eine allgemeine Schadensersatzpflicht entspricht zunächst für den Bereich der Rechtsmängel dem geltenden Recht; aber auch für den Bereich der Sachmängel führt sie im Ergebnis nicht so weit über das geltende Recht hinaus, wie es zunächst scheinen mag.

Will der Käufer die Sache behalten, kann er derzeit nach den bisherigen §§ 462, 472 wegen eines Mangels den Kaufpreis mindern, also für den Minderwert Ausgleich in Geld verlangen. Für die Berechnung der Minderung gilt zwar grundsätzlich, dass die Aufwendungen des Käufers zur Beseitigung des Mangels nicht zum Maßstab genommen werden können. Gleichwohl können solche Kosten zumindest Anhaltspunkte für die Wertberechnung sein. Der Minderungsbetrag deckt sich daher weitgehend mit dem „kleinen Schadensersatz", für den anerkannt ist, dass der Käufer den Betrag fordern kann, den er für die Beseitigung des Mangels benötigt.

Über Schäden, die im Mangel der Sache selbst liegen, hinaus begreift die h. M. aber auch solche Schäden als Mangelschäden, die als reine Vermögensschäden in einem unmittelbaren Zusammenhang mit dem Mangel der Kaufsache stehen, wie etwa Nutzungsausfall, entgangener Gewinn usw.. Auch diese Schäden sollen nach den Grundsätzen der positiven

Forderungsverletzung nicht ersatzfähig sein, sondern nur unter den Voraussetzungen der bisherigen §§ 463, 480 Abs. 2. Hier kommt es zu einer Änderung des geltenden Rechts.

Dies ist angemessen. Der derzeitige Rechtszustand wird allgemein als unbefriedigend bezeichnet. Es ist in der Tat nicht einzusehen, warum der Käufer Ersatz für schuldhaft verursachte Mangelfolgeschäden, nicht jedoch für die unmittelbaren Mangelschäden erhalten soll. Ohne eine gesetzgeberische Korrektur ist die Rechtsprechung nicht in der Lage, im Wege weiterer Rechtsfortbildung den entscheidenden (richtigen) Schritt hin zur Anerkennung einer Schadensersatzhaftung des Verkäufers auch für unmittelbare Mangelschäden zu tun.

Eine für den Verkäufer unzumutbare Haftungsverschärfung folgt auch nicht daraus, dass § 280 Abs. 1 Satz 2 RE hinsichtlich des Vertretenmüssens des Schuldners (Verkäufers) eine Beweislastumkehr vorsieht. Nach dieser Vorschrift muss der Verkäufer darlegen und ggf. beweisen, dass er die Mangelhaftigkeit der gelieferten Sache nicht zu vertreten hat. Zugrunde liegt eine Verallgemeinerung des bereits bisher in § 282 enthaltenen Gedankens. Diese Vorschrift wird bereits heute weitgehend auf die Ansprüche aus positiver Vertragsverletzung entsprechend angewandt (vgl. Palandt/Heinrichs, § 282 Rdn. 8 und 10).

Schließlich ist § 437 Nr. 3 RE durch ein „und“ mit der vorhergehenden Nummer 2, die den Rücktritt und die Minderung betrifft, verbunden. Damit kommt zum Ausdruck, dass Schadensersatz auch neben dem Rücktritt oder der Minderung verlangt werden kann, vgl. auch § 325 RE.

Zu § 438 – Verjährung der Mängelansprüche

Vorbemerkung

§ 438 RE regelt die Verjährung der in § 437 RE genannten Ansprüche auf Nacherfüllung, Schadensersatz und Ersatz vergeblicher Aufwendungen. Unterschiede zwischen Sach- und Rechtsmängeln werden entsprechend dem allgemeinen Ansatz auch hier nicht vorgesehen. Die Unwirksamkeit der in § 437 RE genannten Rücktritts- und Minderungsrechte im Falle der Verjährung des Nacherfüllungsanspruchs bestimmt sich nach § 218 RE und den hierauf verweisenden § 441 Abs. 5 RE.

Diese Vorschriften treten an die Stelle des bisherigen § 477. Der bisherige § 477 baut allerdings auf der bisherigen Konstruktion der Wandelung und der Minderung auf, wonach diese keine Gestaltungsrechte darstellen Dies soll sich nach dem Entwurf ändern. Der an die Stelle der Wandelung tretende Rücktritt und die Minderung sind Gestaltungsrechte. Gestaltungs-

rechte verjähren nicht, nur Ansprüche (§ 194 RE). Dieser Grundsatz muss beim Rücktritt und der Minderung in der Sache durchbrochen werden. Dies geschieht, da es sich beim Rücktritt um ein allgemeines Rechtsinstitut handelt, im Allgemeinen Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs in dem neuen § 218 RE. Die Verjährungsfristen für die dem Rücktritt und der Minderung zugrundeliegenden Mängelansprüche soll aber ihren Platz im Kaufrecht finden, weil sie anderen Strukturen folgen, als die allgemeine Verjährungsfrist für die übrigen Ansprüche.

Der bisherige § 478 bleibt in der Sache erhalten. Die Erhaltung der aus der Mangelhaftigkeit folgenden Rücktritts- und Minderungsrechte regeln jetzt § 438 Abs. 4 RE und der hierauf verweisende § 441 Abs. 5 RE.

Was den Anwendungsbereich der Vorschrift angeht, so bezieht sie sich auf den Kauf von Sachen (§§ 433 ff. RE). Doch finden die für diesen Bereich vorgesehenen Vorschriften auf den Kauf von Rechten und sonstigen Gegenständen entsprechende Anwendung (§ 453 Abs. 1 und 3 RE). Das muss auch für das Verjährungsrecht gelten, so dass etwa für den Beginn der Verjährung von Ansprüchen zu prüfen ist, welcher Zeitpunkt im Kauf von Rechten und sonstigen Gegenständen dem in § 438 Abs. 2 RE bestimmten Zeitpunkt entspricht. Bei Ansprüchen wegen Mangels eines verkauften Unternehmens dürfte auf den Zeitpunkt des Betriebsübergangs abzustellen sein. Wird eine Forderung verkauft, beginnt die Verjährung der Mängelansprüche mit der Abtretung. Ist Gegenstand des Kaufvertrags ein Recht, das zum Besitz einer Sache berechtigt (z. B. ein Dauerwohnrecht), ist der Verkäufer nach § 453 Abs. 3 RE zur Übergabe der Sache verpflichtet. Da dies der Pflicht des Verkäufers beim Kauf von Sachen nach § 433 Abs. 1 Satz 1 RE entspricht, kann hinsichtlich des Verjährungsbeginns § 438 Abs. 2 RE ohne Anpassung angewandt werden.

Zu Absatz 1

Zu Nummer 1

Nach der Nummer 1 verjähren die Ansprüche auf Nacherfüllung, Schadensersatz und Ersatz vergeblicher Aufwendungen in 30 Jahren, wenn der Mangel in einem dinglichen Recht eines Dritten besteht, auf Grund dessen Herausgabe der Kaufsache verlangt werden kann (sog. Eviktionsfälle).

Für diesen besonderen Rechtsmangel hatte die Schuldrechtskommission keine Ausnahme vorgesehen. Dies ist auf Kritik gestoßen (Ernst/Gsell, ZIP 2000, 1812; Mansel in: Ernst/Zimmermann, 333 ff., 353). Diese Kritik erscheint berechtigt. Um ihr Rechnung zu tragen, ist aber kein eigenständiges Sonderregime für Rechtsmängel geboten (so aber Ernst/Gsell

aaO). Es genügt, wenn in der Eviktionssituation Abhilfe geschaffen wird (so Mansel aaO) Nach § 197 Abs. 1 Nr. 1 RE verjähren Herausgabeansprüche aus Eigentum und anderen dinglichen Rechten erst in 30 Jahren. Ohne den durch die Nummer 1 herbeigeführten Fristengleichlauf müsste der Käufer ansonsten das Risiko tragen, dass seine Ansprüche gegen den Verkäufer mit Ablauf der zweijährigen Verjährungsfrist nach der Nummer 3 verjähren, er jedoch noch weitere 28 Jahre dem Herausgabeanspruch eines Dritten ausgesetzt wäre. Wietere Ausnahmeregelungen für Rechtsmängel sind nicht geboten.

Zu Nummer 2

Bauhandwerker haften nach § 634a Abs. 1 Nr. 1 RE stets innerhalb der fünf Jahre dauernden Verjährungsfrist für ein mangelhaftes Bauwerk. Beruht die Mangelhaftigkeit des Bauwerks auf der Mangelhaftigkeit von Sachen, die ein Bauhandwerker seinerseits von einem Lieferanten erworben hat, ist der Bauhandwerker bislang in seinen Regressmöglichkeiten stark beschränkt, denn seine Ansprüche gegenüber seinem Lieferanten verjähren gemäß dem bisherigen § 477 in sechs Monaten. Daher hatte schon die Schuldrechtskommission insoweit eine Verjährungsfrist von 5 Jahren vorgeschlagen (§ 195 Abs. 3 KE). Diese ist von dem Deutschen Juristentag 1994 in Münster begrüßt worden (Verhdl. Bd. II/1 K 106).

Daher sieht der Entwurf in Nummer 2 einen Fristengleichlauf mit § 634a Abs. 1 Nr. 1 RE vor: Auch die Ansprüche wegen eines Mangels einer Sache, die entsprechend ihrer üblichen Verwendungsweise für ein Bauwerk verwendet worden ist und dessen Mangelhaftigkeit verursacht hat, verjähren in fünf Jahren.

Die fünfjährige Verjährungsfrist ist jedoch nicht nur für Ansprüche der Bauhandwerker gegen ihre Lieferanten maßgebend. Die vorgeschlagene Regelung erfasst bewusst auch Ansprüche der Zwischenhändler (Mansel aaO, S. 361). Ein Zwischenhändler ist in Regressfällen gegenüber einem anderen Zwischenhändler oder einem Hersteller von Baumaterialien in der gleichen schutzwürdigen Lage wie ein Bauhandwerker. Ferner gilt die Frist der Nummer 2 auch dann, wenn der Bauherr die Sachen selbst erworben hat und Regressfragen im Verhältnis Bauhandwerker/Lieferant keine Rolle spielen, denn auch in diesen Fällen wird der Bauherr die Mängel häufig erst nach dem Einbau erkennen.

Soweit ein effektiver Gleichlauf der Fristen zwischen Nummer 2 und § 634a Abs. 1 Nr. 1 RE nicht erreicht werden kann, weil der Verjährungsbeginn von Ansprüchen nach § 634a Abs. 1 Nr. 1 RE insbesondere wegen der Zwischenlagerung der Baumaterialien beim Bauhandwerker zeitlich dem Verjährungsbeginn von Ansprüchen nach Nummer 2 nachfolgt, muss dieses verbleibende Regressrisiko der Bauhandwerker tragen, da die tatsächliche Verwen-

dung der Baumaterialien in seinem Verantwortungsbereich liegt und nur er das Risiko eines nicht sofort nach Lieferung erfolgenden Einbaus des Baumaterials überschauen kann (so auch die Schuldrechtskommission, Bericht, S. 52).

Die Frist gilt für Ansprüche wegen eines Mangels einer Sache, die „entsprechend ihrer üblichen Verwendungsweise für ein Bauwerk verwendet worden ist und dessen Mangelhaftigkeit verursacht hat".

Der Begriff „entsprechend ihrer üblichen Verwendungsweise" zwingt zu einer objektiven Betrachtungsweise. Es kommt daher nicht darauf an, ob der Lieferant im Einzelfall von der konkreten Verwendung Kenntnis hat. Die Bezugnahme auf die „übliche" Verwendung bezweckt eine Beschränkung des Anwendungsbereichs: Nicht erfasst sind Sachen, deren bauliche Verwendung außerhalb des Üblichen liegt, etwa wenn ein Künstler extravagante Sachen verwendet, um einem Gebäude eine künstlerische Note zu verleihen.

Hinsichtlich der Frage, ob eine Sache „für ein Bauwerk" verwendet worden ist, kann auf die zu dem bisherigen § 638 Abs. 1 Satz 1 (künftig § 634a Abs. 1 Nr. 1 RE) entwickelten Kriterien zurückgegriffen werden. Danach ist ein Bauwerk eine unbewegliche, durch Verwendung von Arbeit und Material in Verbindung mit dem Erdboden hergestellte Sache. Erfasst sind nicht nur Neuerrichtungen, sondern auch Erneuerungs- und Umbauarbeiten an einem bereits errichteten Bauwerk, wenn sie für Konstruktion, Bestand, Erhaltung oder Benutzbarkeit des Gebäudes von wesentlicher Bedeutung sind und wenn die eingebauten Teile mit dem Gebäude fest verbunden werden (Palandt/Sprau, § 638 Rdn. 9 bis 11). Beim bloßen Austausch einer Badezimmerarmatur beispielsweise liegt demnach keine Verwendung „für ein Bauwerk" vor. Es bleibt dann bei der allgemeinen Verjährungsfrist für Mängelansprüche von zwei Jahren gemäß der Nummer 3.

Eine weitere, bedeutende Beschränkung des Anwendungsbereiches der fünfjährigen Verjährungsfrist wird durch das Erfordernis eines Kausalzusammenhangs vorgenommen: Die fünfjährige Verjährungsfrist gilt nur bei denjenigen Sachen, deren Mangelhaftigkeit zugleich auch ursächlich für die Mangelhaftigkeit des Bauwerkes ist. Liegt der Mangel in der Einbauleistung und nicht in der Fehlerhaftigkeit des Baumaterials greift die lange Verjährungsfrist nicht. Entsprechendes würde gelten, wenn das Baumaterial gerade wegen ihrer Mangelhaftigkeit oder aus anderen Gründen im konkreten Einzelfall nicht bei einem Bauwerk verwendet wurde. Dann kann es seine Mangelhaftigkeit auch nicht verursachen. In solchen Fällen ist eine lange Verjährungsfrist nicht gerechtfertigt, weil die allgemeine Frist (Nummer 3) ausreicht.

Zu Nummer 3

Nach der Nummer 3 gilt im Übrigen eine Verjährungsfrist von zwei Jahren. Diese Frist entspricht den Vorgaben der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, deren Frist hier allerdings verallgemeinert wird.

Übereinstimmung besteht darin, dass die Gewährleistungsfristen des bisherigen § 477 zu kurz sind. Nicht selten ist die Sechsmonatsfrist des geltenden § 477 Abs. 1 bereits abgelaufen, bevor der Käufer von dem Mangel der ihm gelieferten beweglichen Sache überhaupt Kenntnis erlangen konnte. Wer seine im Frühsommer preisgünstig gekauften Ski in den Weihnachtsferien erstmalig benutzt und dann einen Mangel der Sicherheitsbindung feststellt, kann daher seine Gewährleistungsansprüche gegen den Verkäufer wegen Fristablaufs nicht mehr durchsetzen. Auch dann, wenn der Käufer die fehlerhafte Ware sofort nach Lieferung verwendet, tritt der Mangel häufig erst nach Ablauf der Frist des bisherigen § 477 Abs. 1 zutage, so etwa dann, wenn die vom Verkäufer gelieferten Spanplatten vom Käufer zwar sofort in einer Turnhalle verlegt werden, ihre mangelnde Biege- und Querzugsfähigkeit zu offenkundigen Schäden des Hallenbodens aber erst geführt hat, nachdem die Turnhalle mehrere Monate lang in Gebrauch war (vgl. BGHZ 77, 215). Zur Lösung der sich daraus ergebenden Schwierigkeiten hat man vorgeschlagen, bei verborgenen Mängeln den Lauf der Verjährungsfrist nicht schon mit der Ablieferung der Kaufsache, sondern erst in dem Zeitpunkt beginnen zu lassen, in dem der Fehler vom Käufer entdeckt worden ist oder entdeckt werden konnte. Angesichts des in der Tat eindeutigen Wortlauts des bisherigen § 477 hat die Rechtsprechung sich jedoch gegen diese Lösung entschieden (vgl. BGHZ 77, 215, 221 f.). Sie hat stattdessen, um dem Käufer zu helfen, andere Wege beschritten. So haben die Tatsachengerichte gelegentlich aus den Umständen des Falles eine konkludente Parteivereinbarung über die Hinausschiebung des Beginns der Verjährung herausgelesen. Auch haben die Gerichte bei der Frage, ob eine fehlerhafte Sache oder ein aliud geliefert worden sei oder ob ein Sachmangel oder ein Rechtsmangel vorliege, sich manchmal deshalb für aliud-Lieferung oder einen Rechtsmangel entschieden, weil sich auf diese Weise die Anwendung der bisherigen §§ 459 ff. - und damit auch die Anwendung des bisherigen § 477 - vermeiden ließ. Solche Überlegungen dürften vielfach auch Pate gestanden haben, wenn die Rechtsprechung den Verkäufer eines Unternehmens, der falsche Angaben über seinen Umsatz oder Gewinn gemacht hat, nicht aus dem Gesichtspunkt der Sachmängelhaftung, sondern aus Verschulden bei Vertragsanbahnung hat haften lassen. Ähnlich liegt es dort, wo die Rechtsprechung die fehlerhafte Beratung des Käufers über die Verwendungsmöglichkeilen der Kaufsache nicht als ein auf Sachmängel, sondern als ein auf sonstige Pflichtverletzungen bezogenes Verschulden des Verkäufers angesehen und auf diese Weise erreicht hat, dass die Ansprü-

che des Käufers nicht nach dem bisherigen § 477, sondern nach dem bisherigen § 195 verjähren. Schließlich hat der BGH in manchen Fällen einem Käufer, dessen Gewährleistungsansprüche verjährt waren, dadurch geholfen, dass er ihm Ansprüche gegen den Verkäufer aus unerlaubter Handlung eröffnete, die gemäß dem bisherigen § 852 erst in drei Jahren nach Kenntnis verjähren. So soll der Käufer die Kosten, die ihm durch die Reparatur oder Wiederherstellung der fehlerhaft gelieferten Kaufsache entstehen, gemäß § 823 Abs. 1 und dem bisherigen § 852 vom Verkäufer ersetzt verlangen können, sofern der Kaufsache nur ein „funktionell begrenzter“ Mangel angehaftet und sich erst nach Belieferung des Käufers in die „im Übrigen mangelfreien Teile“ der Kaufsache „weitergefressen" habe (BGHZ 67, 3-9). Im Schrifttum ist kritisiert worden, dass durch die Zulassung deliktischer Ansprüche die wohlerwogene Risikoverteilung des Kaufrechts aus den Angeln gehoben werde. Der BGH hat jedoch an seiner Rechtsprechung festgehalten und auf die Kritik dadurch reagiert, dass er zur Umschreibung der Schäden, die mit Hilfe des bisherigen § 823 Abs. 1 liquidiert werden können, andere Kriterien entwickelt hat, die freilich ihrerseits nur wieder andere Abgrenzungsprobleme aufwerfen (vgl. z. B. BGH, NJW 1985, 2420).

Die Verjährungsfristen für die Mängelansprüche müssen daher deutlich verlängert werden. Die vorgesehene Verlängerung von bisher sechs Monaten auf zwei Jahre bringt für Verkäufer und Werkunternehmer zwar zusätzliche Belastungen mit sich; diese müssen aber hingenommen werden, damit die Vertragspartner eine faire Chance erhalten, ihre Ansprüche geltend zu machen. Sie werden sich auch in Grenzen halten, weil jedenfalls bei industriellen Massengütern Mängel ganz überwiegend während der ersten 6 Monate auftreten (Wilhelm Consulting, Study on the possible economic impact of the proposal for a directive on the sale of consumer goods and associated guaranties, Regensburg, 1998, S. 26, 61, 62; Gass in: Diederichsen u. (Hrsg.) FS Rolland, 1999, S. 129, 135). Der historische Ursprung der kurzen Sechsmonatsfrist - die Wandelungsklage des römischen Rechts musste innerhalb von sechs Monaten ausgeübt werden – kann heute eine so kurze Frist nicht mehr rechtfertigen.

Bei Kaufverträgen zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher als Käufer sieht Artikel 5 Abs. 1 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie für die Haftung des Verkäufers für die Vertragswidrigkeit des Verbrauchsguts eine Frist von zwei Jahren ab Lieferung vor. Diese Richtlinienvorgabe betrifft den Nacherfüllungsanspruch, das Minderungs- und das Rücktrittsrecht. Für die von der Richtlinie erfassten Fälle ist diese Mindestvorgabe ohnehin in deutsches Recht umzusetzen. Die Nummer 3 dient hinsichtlich des Nacherfüllungsanspruchs der Umsetzung dieser Bestimmung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie. Zugleich wird mit der Nummer 3 in Verbindung mit § 218 Abs. 1 Satz 1 RE die Richtlinie auch hinsichtlich des Rücktrittsrechts erfüllt: Vor Ablauf der zweijährigen Verjährungsfrist des Nacherfüllungsanspruchs

kann sich der Unternehmer nicht auf die Unwirksamkeit des Rücktritts berufen. Das gleiche gilt für das Minderungsrecht auf Grund der in § 441 Abs. 5 RE enthaltenen Verweisung auf § 218 RE.

Mit der Nummer 3 werden auch der Schadensersatzanspruch und der Anspruch auf Ersatz vergeblicher Aufwendungen der zweijährigen Verjährungsfrist unterstellt. Es wäre nicht sinnvoll, die aus der Mangelhaftigkeit einer Sache herrührenden Ansprüche einem unterschiedlichen Verjährungsregime zu unterwerfen.

Aus den genannten Gründen ist eine deutliche Verlängerung der Gewährleistungsfristen aber auch für Verträge außerhalb des Verbrauchsgüterkaufs geboten. Da die gesetzlichen Gewährleistungsfristen allgemein als zu kurz empfunden werden, sind im Übrigen bereits derzeit in der Praxis regelmäßig Vereinbarungen etwa in Allgemeinen Geschäftsbedingungen anzutreffen, mit denen die Gewährleistungsfristen für zahlreiche auch eher alltägliche Kaufgeschäfte verlängert werden. In Verträgen über den Verkauf von größeren Anlagen werden die Gewährleistungsfristen mindestens auf ein Jahr festgesetzt, wenn sie nicht darüber hinaus auf zwei oder sogar drei Jahre verlängert werden.

Die verlängerten Gewährleistungsfristen von zwei Jahren kann zwar nicht in allen, wohl aber in vielen Fällen verkürzt werden. So kann im Verbrauchsgüterkauf bei gebrauchten Sachen die Verjährungsfrist auf ein Jahr verkürzt werden (§ 475 Abs. 2 RE). Außerhalb des Verbrauchsgüterkaufs gestattet § 202 Abs. 1 RE grundsätzlich eine jede Verkürzung durch Rechtsgeschäft, ausgenommen bei Haftung wegen Vorsatz; geschieht dies durch Allgemeine Geschäftsbedingungen, beträgt bei neuen Sachen die Untergrenze ein Jahr (§ 309 Nr. 8 Buchstabe b Doppelbuchstabe ff RE). Sonderregelungen hinsichtlich des Rückgriffs im Verbrauchsgüterkauf werden durch § 478 Abs. 5 RE und § 479 RE aufgestellt. Hinsichtlich der Einzelheiten der vorstehend genannten Vorschriften wird auf die jeweilige Begründung verwiesen.

Für andere Ansprüche bleibt es bei der regelmäßigen Verjährungsfrist. Sollte die Rechtsprechung angesichts der verbleibenden Unterschiede in Länge und Beginn zwischen der Verjährungsfrist nach der Nummer 3 und der Regelverjährungsfrist an ihrer Rechtsprechung etwa zum „weiterfressenden“ Mangel festhalten, würde dennoch ein Wertungswiderspruch anders als bisher weitgehend vermieden, weil die dann geltende regelmäßige Verjährung auf ein ausreichendes Maß reduziert wird.

Zu Absatz 2

Nach Absatz 2 beginnt die Verjährung der Mängelansprüche bei Grundstücken mit der Übergabe, im Übrigen mit der Ablieferung der Sache. Dieser Verjährungsbeginn entspricht dem bisherigen § 477 Abs. 1 Satz 1. Die Anknüpfung an die Ablieferung der Sache bei beweglichen Sachen steht im Einklang mit Artikel 5 Abs. 1 Satz 1 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, die als maßgeblichen Zeitpunkt für den Fristbeginn die „Lieferung" des Verbrauchsguts bestimmt.

Neu ist, dass entsprechend der grundsätzlichen Gleichbehandlung von Sach- und Rechtsmängeln der Verjährungsbeginn nach Absatz 2 auch für die Ansprüche wegen eines Rechtsmangels gilt. Diese Gleichbehandlung sollte auch im Verjährungsrecht durchgehalten werden, selbst wenn etwa für den Bereich der Verjährung von Ansprüchen aus der Rechtsmängelgewährleistung bei Grundstücken der Zeitpunkt der Umschreibung im Grundbuch näher liegen könnte. Für Ansprüche aus Pflichtverletzungen, die mit der Mängelhaftung nichts zu tun haben, insbesondere also für die Ansprüche aus Vertragsverstößen des Käufers, bleibt es bei dem in § 199 RE bestimmten Beginn der Verjährung.

Nicht übernommen wird der von der Schuldrechtskommission vorgeschlagene § 195 Abs. 2 Satz 2 KE, wonach die Verjährung der Ansprüche aus einem Kaufvertrag wegen des Mangels eines Bauwerks frühestens fünf Jahre nach der Fertigstellung des Bauwerks eintreten sollte.

Die Schuldrechtskommission knüpft mit dieser besonderen Ablaufhemmung an die Rechtsprechung des BGH an, wonach es nach geltendem Recht möglich sein soll, die fünfjährige Verjährungsfrist des bisherigen § 638 Abs. 1 selbst dann auf den Erwerb einer neuen Eigentumswohnung anzuwenden, wenn diese bei Vertragsschluss bereits fertiggestellt war (BGHZ 68, 372 unter Hinweis auf die st. Rspr. seit BGHZ 60, 362, 364). Hierzu hat die Schuldrechtskommission in ihrem Bericht (S. 50) ausgeführt, dass diese mit dem Gesetzeswortlaut nicht zu vereinbarende Rechtsprechung im Ergebnis jedenfalls insoweit Zustimmung verdiene, als es nicht einzusehen sei, dass derjenige, der ein Bauwerk vor der Fertigstellung erwerbe, für die Dauer von fünf Jahren Gewährleistungsansprüche geltend machen könne, während diese Frist bei einem bereits fertiggestellten neuen Bauwerk nach dem bisherigen § 477 Abs. 1 nur ein Jahr betrage.

Die Schuldrechtskommission versuchte jedoch mit ihrem Vorschlag isoliert das Verjährungsproblem zu lösen und blieb damit hinter der Rechtsprechung des BGH zurück. Der BGH wendet nämlich in diesen Fällen nicht nur die Verjährungsfrist des bisherigen § 638 Abs. 1

auf die Gewährleistung wegen Sachmängeln des Bauwerks an. Vielmehr sollen die Gewährleistungsrechte insoweit insgesamt nach Werkvertragsrecht zu beurteilen sein (BGH, NJW 1973, 1235). Das hat nach geltendem Recht insbesondere zur Folge, dass auch bei einem gekauften Bauwerk dem Verkäufer das Recht zur Nachbesserung zusteht, bevor Wandelung oder Minderung erklärt werden können (bisherige §§ 633 und 634), was im Kaufvertragsrecht nur bei entsprechender Vereinbarung der Fall ist (bisheriger § 476a). Auch wenn der Entwurf in § 439 RE die Nacherfüllung im Kaufvertragsrecht allgemein einführt, verbleiben weiterhin Unterschiede zum Werkvertragsrecht: So steht nach § 635 Abs. 1 RE dem Unternehmer das Wahlrecht zwischen der Nacherfüllung durch Mängelbeseitigung oder durch Neuherstellung zu; im Kaufvertragsrecht ist es genau umgekehrt (§ 439 Abs. 1 RE). Vor allem aber hat nur der Besteller ein Selbstvornahmerecht, wohingegen dem Käufer ein solches Recht nicht zusteht.

Zudem hat sich in der Diskussion der von der Schuldrechtskommission gewählte Zeitpunkt des Beginns der 5-Jahres-Frist als problematisch herausgestellt. Die Schuldrechtskommission beanstandet in ihrem Bericht (S. 50 f.), dass der BGH im Rahmen der entsprechenden Anwendung des Werkmängelgewährleistungsrechts hinsichtlich des Beginns der fünfjährigen Verjährungsfrist auf die Übergabe des Bauwerks an den Käufer abstellt. Mit der Anknüpfung an die „Fertigstellung“ des Bauwerks wollte die Schuldrechtskommission den Fristbeginn von den konkreten Umständen in dem Verhältnis zwischen Käufer und Verkäufer abkoppeln. Allein das – ab Fertigstellung gerechnete – „Alter“ eines Bauwerks sollte maßgebend sein für die Frage, ob der Käufer die verjährungsrechtliche Begünstigung in Form der Ablaufhemmung erhält oder nicht. Dies führt jedoch zu erheblichen Folgeproblemen: Vielfach hat nämlich der Verkäufer das Bauwerk nicht selbst hergestellt, sondern ein von ihm beauftragtes Bauunternehmen. Bei Streit um den Fertigstellungszeitpunkt müsste im Prozess zwischen Käufer und Verkäufer Beweis darüber erhoben werden, wann in einem anderen Vertragsverhältnis, nämlich dem zwischen dem Verkäufer und dem Bauunternehmen, das Bauwerk fertiggestellt wurde. Zusätzliche Schwierigkeiten würden dadurch hervorgerufen, dass es im Werkvertragsverhältnis zu dem Bauunternehmen regelmäßig nicht auf die Fertigstellung, sondern auf die Abnahme ankommt. Allgemein statt an die Fertigstellung an die Abnahme zu knüpfen, würde wiederum den Fällen nicht gerecht, in denen der Verkäufer das Bauwerk selbst herstellt und es infolgedessen keine Abnahme gibt. Schließlich ist problematisch, wie die Fälle der Teil-Fertigstellung nach dem Regelungsvorschlag der Schuldrechtskommission behandelt würden: So stellt sich die Frage, ob unterschiedliche Fertigstellungszeitpunkte etwa bei zwei Flügeln eines Bauwerks auch auf den Beginn der Ablaufhemmung im Verhältnis zwischen Käufer und Verkäufer durchschlagen sollen.

Nach alledem erscheint es günstiger, die sachgerechte Lösung solcher Fallkonstellationen auch künftig der Rechtsprechung zu überlassen und auf eine Kodifizierung zu verzichten.

Zu Absatz 3

Nach Absatz 3 verjähren abweichend von Absatz 1 Nr. 2 und 3 die Ansprüche in der regelmäßigen Verjährungsfrist, wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen hat. Auch nach dem bisherigen § 477 Abs. 1 Satz 1 findet in den Arglistfällen die regelmäßige Verjährungsfrist Anwendung.

Mit der Anwendung der regelmäßigen Verjährungsfrist verbunden ist ihr Beginn nach § 199 RE. Dass in den Arglistfällen die Verjährung nicht nach Absatz 2 bereits mit der Ablieferung bzw. der Übergabe, sondern erst beginnt, wenn der Käufer auch von dem Mangel Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen müsste (§ 199 Abs. 1 Nr. 2 RE), ist die wichtigste Folge der Regelung des Absatzes 3. Damit wird der Gefahr begegnet, dass die Verjährung der Mängelansprüche zu laufen beginnt, obwohl der Käufer gerade wegen des arglistigen Handelns des Verkäufers den Mangel nicht zeitnah nach der Ablieferung der Sache entdecken kann.

Zu Absatz 4

Nach Absatz 4 kann der Käufer trotz einer Unwirksamkeit des Rücktritts nach § 218 Abs. 1 RE die Zahlung des Kaufpreises insoweit verweigern, als er auf Grund des Rücktritts dazu berechtigt sein würde. Damit wird der bisherige § 478 in veränderter Form übernommen.

Ist die zweijährige Verjährungsfrist des Nacherfüllungsanspruchs nach Absatz 1 Nr. 3 abgelaufen, kann der Verkäufer nach § 218 Abs. 1 Satz 1 RE die Unwirksamkeit des Rücktritts herbeiführen. Der Kaufpreisanspruch des Verkäufers unterliegt der dreijährigen Regelverjährungsfrist nach § 196 RE. Angesichts des Fristenunterschieds erscheint es sachgerecht, dem Käufer auch künftig die Mängeleinrede gegenüber dem Kaufpreisanspruch zu erhalten. Absatz 4 gilt durch die Verweisung in § 441 Abs. 5 RE auch für die Minderung.

Verzichtet wird auf das Erfordernis der Mängelanzeige des bisherigen § 478 Abs. 1 Satz 1. Es ist nicht unüblich, dass der Verkäufer dem Käufer nachlässt, den Kaufpreis erst in mehr als sechs Monaten zu zahlen. Die Bereitschaft des Verkäufers zur Einräumung von Zahlungszielen hängt jedoch davon ab, ob er damit rechnen muss, vom Käufer wegen Mangelhaftigkeit der Sache belangt zu werden. Sinn der geltenden Mängelanzeigeregelung ist es,

dem Verkäufer mit Ablauf der sechsmonatigen Verjährungsfrist des bisherigen § 477 Abs. 1 Satz 1 die Sicherheit zu geben, dass Mängelansprüche nicht mehr geltend gemacht werden.

Mit der zweijährigen Verjährungsfrist nach Absatz 1 Nr. 3 wäre ein Mängelanzeigeerfordernis sinnentleert, da es nur sehr selten vorkommen dürfte, dass der Verkäufer mehr als zwei Jahre auf die Beitreibung seines Kaufpreisanspruchs verzichtet.

Die das Anzeigeerfordernis betreffenden Regelungen des bisherigen § 478 Abs. 1 Satz 2 und des bisherigen § 478 Abs. 2 werden dementsprechend gleichfalls nicht übernommen.

Zu § 439 – Nacherfüllung

Zu Absatz 1

Absatz 1 beseitigt die oben aufgezeigten Mängel des geltenden Rechts und dient der Umsetzung des Artikels 3 Abs. 2 S. 1 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie. Gleichzeitig bindet er das Haftungssystem des Verkäufers für Sachmängel in das allgemeine Leistungsstörungsrecht ein, gleicht Rechtsmängel- und Sachmängelhaftung einander an und macht die Unterscheidung zwischen Stückkauf und Gattungskauf verzichtbar. Die Vorschrift führt vor allem das geltende Recht wieder an die Rechtswirklichkeit heran, weil der Käufer beim Auftreten eines Mangels regelmäßig nicht die Rückgängigmachung des Vertrags oder die Herabsetzung des Kaufpreises wünscht, sondern die Reparatur oder den Umtausch.

Absatz 1 nennt nicht ausdrücklich den Vorrang der Nacherfüllung vor den eigentlichen Gewährleistungsansprüchen des Käufers. Bestehen und Inhalt des Nacherfüllungsanspruchs aus § 439 Abs. 1 RE einerseits und das Recht zu Rücktritt oder Minderung bzw. der Schadensersatzanspruch andererseits sind zwar miteinander verbunden, aber doch nicht völlig identisch. So setzt der Nacherfüllungsanspruch anders als die eigentlichen Gewährleistungsrechte des Käufers keine Fristsetzung voraus. Umgekehrt bezieht sich eine für das Rücktritts-, Minderungs- oder Schadensersatzbegehren erforderliche Fristsetzung auf gerade diesen Nacherfüllungsanspruch, wie oben zu § 437 RE bereits ausgeführt.

Absatz 1 bestimmt, dass der Käufer Nacherfüllung verlangen kann, wenn die Sache mangelhaft ist. Die Vorschrift gilt für den Rechtsmangel und den Sachmangel. Die Pflicht zur Nacherfüllung trifft den Verkäufer unabhängig davon, ob er den Mangel zu vertreten hat oder nicht. Gesetzlich ist zudem klargestellt, dass Nacherfüllung entweder in der Form der Beseitigung des Mangels oder in der Form der ersatzweisen Lieferung einer mangelfreien Sache

verlangt werden kann. Die Wahl zwischen beiden Formen der Nacherfüllung steht dem Käufer zu.

Die Schuldrechtskommission hatte an dieser Stelle das Recht des Verkäufers vorgesehen, bei einem Nacherfüllungsverlangen des Käufers zwischen den beiden Formen der Nacherfüllung zu wählen. Der Entwurf weicht insoweit von den Kommissionsvorschlägen ab. Maßgeblich hierfür ist zunächst, dass Artikel 3 Abs. 3 S. 1 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie das Wahlrecht zwischen Ersatzlieferung und Nachbesserung ausdrücklich dem Verbraucher (Käufer) gibt. Für den Verbrauchsgüterkauf müsste daher ohnehin von dem Kommissionsvorschlag abgewichen werden.

Es handelt sich hierbei aber nicht um eine Regelung, deren typischer verbraucherschützender Charakter eine Aufnahme in das für jedermann geltende Kaufrecht verbieten müsste. Vielmehr gibt es gute Gründe für eine allgemeine Vorschrift entsprechenden Inhalts: Es ist der Verkäufer, der mit der Lieferung einer mangelhaften Sache seine Pflichten aus dem Kaufvertrag verletzt hat (§ 433 Abs. 1 S. 2 RE). Zwar entspricht es in dieser Situation in erster Linie dem Interesse des Käufers, eine mangelfreie Sache zu bekommen, unabhängig davon, wie dieses Ziel durch den Verkäufer erreicht wird. Es ist aber auch zu berücksichtigen, dass der Käufer eine mangelfreie Sache ohne die Pflichtverletzung des Verkäufers bereits geliefert erhalten hätte. Es ist die Pflichtverletzung des Verkäufers, die dazu führt, dass der Vertrag nicht wie vorgesehen abgewickelt werden kann. Dann ist es legitim, zunächst den Käufer entscheiden zu lassen, auf welche Weise das Vertragsziel der Lieferung einer mangelfreien Sache doch noch erreicht werden kann. Es sollte der Beurteilung des Käufers überlassen bleiben, inwieweit er sich etwa auf Nachbesserungsversuche eines möglicherweise inzwischen als unzuverlässig erkannten Verkäufers noch einlassen möchte. Gegen Missbräuche seitens des Käufers, z. B. ein schikanöses Verlangen von Nachlieferung trotz mit einfachsten Mitteln einwandfrei zu bewirkender Reparatur, ist der Verkäufer ausreichend durch die Möglichkeiten zur Verweigerung der Nacherfüllung gemäß Absatz 3 geschützt.

Nach dem derzeitigen § 459 Abs. 1 Satz 2 kann der Käufer weder Wandelung noch Minderung verlangen, wenn der Fehler unerheblich ist. Einen entsprechenden Ausschluss beim Nacherfüllungsanspruch sieht der Entwurf nicht vor. Er wäre anderenfalls nicht mit der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie zu vereinbaren. Ausgeschlossen ist nach deren Artikel 3 Abs. 6 bei einer geringfügigen Vertragswidrigkeit lediglich der Anspruch des Käufers auf Vertragsauflösung. Dies führt zu anderen Ergebnissen als nach dem derzeitigen § 459 Abs. 1 Satz 2. Während das deutsche Recht einer geringfügigen Vertragswidrigkeit die Qualität eines Sachmangels abspricht, ist das in anderen Rechten, insbesondere im englischen

und in den skandinavischen Rechten anders. Hier ist auch der geringfügige Mangel ein rechtlich erheblicher Mangel. Er führt nur nicht zur Auflösung des Vertrags. Diese Konzeption hat sich bei den Beratungen über den Richtlinienentwurf durchgesetzt. Sie war im ursprünglichen Entwurf der Europäischen Kommission noch nicht in der jetzigen Klarheit enthalten. Dort war allerdings auch schon davon die Rede, dass die Mitgliedstaaten bei geringfügigen Vertragswidrigkeiten vorsehen könnten, dass nur bestimmte Rechte in Anspruch genommen werden könnten (vgl. Vorschlag vom 23. August 1996 – ABl. EG Nr. C 307 S. 8, dort Artikel 3 Abs. 4 Unterabsatz 2). Die jetzt beschlossene Formulierung schließt bei einem geringfügigen Mangel nur den Anspruch auf Vertragsauflösung aus, nicht aber auch die übrigen Rechte des Käufers. Das bedeutet zwar nicht, dass der Käufer in jedem Fall einen Anspruch auf Nachbesserung haben muss. Wenn man diesen ausschließen will, muss man dem Käufer aber einen alternativen gleichwertigen Rechtsbehelf gewähren. Die Übertragung dieser Regel auf das „allgemeine“ Kaufrecht ist gerechtfertigt: Es lässt sich kein Grund finden, warum der Käufer einen auch nur unerheblichen Mangel hinnehmen soll, wenn der Verkäufer ihn beseitigen kann. Der Ausschluss der Gewährleistungsansprüche bei einem unerheblichen Fehler im geltenden Recht ist vor dem Hintergrund des Rechts des Käufers auf sofortige Wandelung oder Minderung zu sehen. Ist das Verlangen des Käufers auf Beseitigung des Mangels oder Lieferung einer mangelfreien Ersatzsache rechtsmissbräuchlich oder bringt die Beseitigung für den Verkäufer einen unverhältnismäßigen Aufwand, kann sie nach Absatz 3 verweigert werden. Dem Käufer bleibt das Recht zur Minderung des Kaufpreises; ein Rücktritt wird dagegen regelmäßig nach § 437 Nr. 2 in Verbindung mit § 323 Abs. 4 Satz 2 RE ausgeschlossen sein.

Zu Absatz 2

Die Vorschrift übernimmt den bisherigen § 476a Satz 1 und entspricht Artikel 3 Abs. 4 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie. Da erstere Vorschrift die vertragliche Vereinbarung eines Rechts auf Nachbesserung voraussetzt, kann der bisherige § 476a Satz 2, der von einem „bestimmungsgemäßen", also einem vertraglich vereinbarten Gebrauch spricht, für das gesetzliche Recht auf Nachbesserung nicht übernommen werden. Die Ausnahme in dem bisherigen § 476a Satz 2 soll den Verkäufer billigerweise von solchen Nachbesserungskosten freistellen, die zu tragen ihm unzumutbar ist. Nach dem bisherigen Satz 1 der Vorschrift wird der Verkäufer von seiner Pflicht, die dort genannten Aufwendungen zu tragen, auch dann nicht frei, wenn sie unverhältnismäßig hoch sind. Der Entwurf sieht in § 439 Abs. 3 RE ein Recht des Verkäufers vor, die Nacherfüllung zu verweigern, wenn sie nur mit unverhältnismäßigen Aufwendungen möglich ist. Damit ist eine dem bisherigen § 476a Satz 2 entsprechende Ausnahmeregelung entbehrlich. Sie würde im Übrigen für den Verbrauchsgüter-

kauf auch gegen Artikel 3 Abs. 4 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie verstoßen. Der bisherige § 476a Satz 2 führt nämlich dazu, dass die durch Verbringung der Sache erhöhten Mehraufwendungen bei der Nachbesserung vom Verkäufer dem Käufer nicht zu erstatten sind bzw. vom Verkäufer dem Käufer in Rechnung gestellt werden dürfen. Die Richtlinie sieht das nicht vor, sondern verlangt die Einführung einer unentgeltlichen Nacherfüllung außerhalb des Verweigerungsrechts des Verkäufers nach Artikel 3 Abs. 3.

Zu Absatz 3

Zu Satz 1

Die Nacherfüllung (einschließlich der damit verbundenen Aufwendungen im Sinne des Absatzes 2) kann im Einzelfall den Verkäufer unangemessen belasten. Das gilt insbesondere für den nichtgewerblichen Verkäufer oder den Händler ohne Reparaturwerkstatt. Sie kann dem Verkäufer auch unmöglich sein. Artikel 3 Abs. 3 S. 1 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie sieht deshalb vor, dass der Verbraucher (Käufer) Nachbesserung oder Ersatzlieferung nur verlangen kann, sofern dies nicht unmöglich oder unverhältnismäßig ist.

Die Unmöglichkeit der Nacherfüllung ist in § 439 Abs. 3 RE nicht besonders erwähnt. Ihre Folgen ergeben sich vielmehr aus den allgemeinen Vorschriften. Nach § 275 Abs. 1 RE ist bei Unmöglichkeit der Anspruch des Käufers auf Nacherfüllung ausgeschlossen. Wenn die Unmöglichkeit sich auf eine Art der Nacherfüllung, also auf die Nachlieferung oder Nachbesserung, beschränkt, so ist auch nur insoweit ein Ausschluss des Nacherfüllungsanspruchs anzunehmen (vgl. „Soweit“ in § 275 Abs. 1 RE). Der Anspruch des Käufers beschränkt sich dann auf die noch mögliche Art der Nacherfüllung, wenn der Verkäufer nicht insoweit von einem Leistungsverweigerungsrecht etwa nach § 439 Abs. 3 Satz 1 oder nach § 275 Abs. 2 RE Gebrauch macht. Das gilt zum Beispiel im Regelfall bei dem Kauf einer bestimmten gebrauchten Sache, so dass hier eine Nachlieferung zumeist von vornherein ausscheiden wird, vgl. auch Erwägungsgrund (16) der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie.

Liegt Unmöglichkeit nach § 275 Abs. 1 RE nicht vor, kann die Nacherfüllung doch mit einem erheblichen Aufwand verbunden sein. Dann kommt nach den allgemeinen Vorschriften ein Leistungsverweigerungsrecht nach § 275 Abs. 2 RE in Betracht, das aber nur in besonders gelagerten Ausnahmefällen, die wertungsmäßig der Unmöglichkeit in § 275 Abs. 1 RE nahe kommen, in Betracht kommt. § 439 Abs. 3 Satz 1 RE stellt eine besondere Ausprägung dieses allgemeinen Rechtsgedankens im Kaufrecht und eine gegenüber § 275 Abs. 2 RE niedrigere Schwelle für die Begründung einer Einrede des Verkäufers dar. Daran ist mit der Auf-

nahme des Wortes „auch“ in § 439 Abs. 3 Satz 1 RE gedacht. Voraussetzung ist, dass der Verkäufer für die Nacherfüllung in der vom Käufer gewählten Art Aufwendungen machen muss, die unverhältnismäßig sind. Es handelt sich dabei um einen Gesichtspunkt, der über den Verbraucherkauf hinaus Bedeutung hat. Denn die Interessenlage des Käufers gebietet es nicht, ihm den Nacherfüllungsanspruch auch dann zu geben, wenn sie vom Verkäufer unverhältnismäßige Anstrengungen erfordert. Der Käufer wird hier auf seine Ansprüche auf Rücktritt und Minderung (sowie ggf. Schadensersatz) verwiesen.

Satz 1 lehnt sich an die entsprechende Regelung des bisherigen § 633 Abs. 2 Satz 3 im Werkvertragsrecht an, ersetzt allerdings mit Blick auf die Formulierung in Artikel 3 Abs. 3 Satz 2 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie das Wort „Aufwand“ durch die Bezeichnung „Kosten“.

Verweigern kann der Verkäufer „die vom Käufer gewählte Nacherfüllung“. Das heißt, das Verweigerungsrecht des Verkäufers bezieht sich selbstverständlich auf die von dem Käufer begehrte Art der Nacherfüllung (Nachbesserung oder Ersatzlieferung). Verlangt der Käufer zum Beispiel Nachbesserung und sind die Aufwendungen des Verkäufers hierfür als unverhältnismäßig zu beurteilen, etwa weil er keine eigenen Reparaturmöglichkeiten hat, so ist damit keine Entscheidung über die Frage getroffen, ob der Käufer stattdessen Ersatzlieferung verlangen kann oder ob auch insoweit eine auf § 439 Abs. 3 Satz 1 RE gestützte Einrede des Verkäufers besteht. Klargestellt wird dies noch durch § 439 Abs. 3 Satz 3 RE.

Zu Satz 2

Satz 2 beruht auf Artikel 3 Abs. 3 S. 2 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie und gibt einige Kriterien vor, anhand derer die Unverhältnismäßigkeit einer der beiden Formen der Nacherfüllung zu beurteilen ist. Beispielhaft ist als zu berücksichtigender Umstand zunächst genannt der Wert der Sache in mangelfreiem Zustand. Bei geringwertigen Sachen des Alltags wird eine Nachbesserung häufig mit unverhältnismäßigen Aufwendungen verbunden sein, so dass in der Regel nur Ersatzlieferung in Betracht kommen wird (zum Beispiel Schraube mit Gewindefehler). Im Übrigen sieht Satz 2 ebenso wie Artikel 3 Abs. 3 S. 2 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie die Bedeutung der Vertragswidrigkeit, das heißt des Mangels, als Entscheidungsmaßstab vor und bezieht die andere Form der Nacherfüllung in die Wertungsüberlegungen zur Verhältnismäßigkeit mit ein. Kann also etwa der Mangel bei einer Waschmaschine durch einfaches Auswechseln einer Schraube behoben werden, so könnte eine vom Käufer verlangte Lieferung einer neuen Waschmaschine vom Verkäufer wegen damit verbundener unverhältnismäßiger Aufwendungen verweigert werden.

Zu Satz 3

Satz 3 enthält die bereits oben angesprochene Klarstellung des Verhältnisses der beiden Arten der Nacherfüllung zueinander. Die in § 439 Abs. 3 Satz 1 RE vorgesehene Verhältnismäßigkeitsprüfung bezieht sich allein auf die vom Käufer gewählte Art der Nacherfüllung. Ist sie zu Recht von dem Verkäufer verweigert worden, so hat dies nicht einen Ausschluss des Nacherfüllungsanspruchs des Käufers insgesamt zur Folge. Vielmehr beschränkt sich der Nacherfüllungsanspruch dann auf die andere Art der Nacherfüllung, wenn der Verkäufer nicht auch sie verweigern kann. Erst dann kann der Käufer zurücktreten oder mindern, ggf. Schadensersatz statt der Leistung verlangen.

Zu Absatz 4

Ohne besondere gesetzliche Regelung könnte zweifelhaft sein, auf Grund welcher Vorschrift der Verkäufer die Rückgabe der mangelhaften Sache vom Käufer verlangen kann, wenn er zum Zwecke der Nacherfüllung eine mangelfreie Ersatzsache geliefert hat. Ebenso wie bisher § 480 Abs. 1 Satz 2 in Verbindung mit § 467 Satz 1 steht dem Verkäufer ein Rückgewähranspruch nach den Vorschriften über den Rücktritt zu. Deshalb muss der Käufer, dem der Verkäufer eine neue Sache zu liefern und der die zunächst gelieferte fehlerhafte Sache zurückzugeben hat, gemäß §§ 439 Abs. 4, 346 Abs. 1 RE auch die Nutzungen, also gemäß § 100 auch die Gebrauchsvorteile, herausgeben. Das rechtfertigt sich daraus, dass der Käufer mit der Nachlieferung eine neue Sache erhält und nicht einzusehen ist, dass er die zurückzugebende Sache in dem Zeitraum davor unentgeltlich soll nutzen können und so noch Vorteile aus der Mangelhaftigkeit soll ziehen können. Von Bedeutung ist die Nutzungsherausgabe ohnehin nur in den Fällen, in denen der Käufer die Sache trotz der Mangelhaftigkeit noch nutzen kann.

Mit der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie ist eine derartige Verpflichtung des Verbrauchers (Käufers) vereinbar. Zwar bestimmt deren Artikel 3 Abs. 2 ausdrücklich den Anspruch des Verbrauchers auf eine „unentgeltliche“ Herstellung des vertragsgemäßen Zustands. Das bedeutet nach deren Artikel 3 Abs. 4, dass der Verkäufer die „für die Herstellung des vertragsgemäßen Zustands des Verbrauchsgutes notwendigen Kosten“ zu tragen hat. Der vertragsgemäße Zustand wird indes durch die Lieferung der neuen Ersatzsache hergestellt. Dass der Käufer hierfür keine Kosten zu tragen hat, ergibt sich aus § 439 Abs. 2 RE. Zu den Kosten kann aber nicht die Herausgabe von Nutzungen der vom Verbraucher benutzten mangelhaften Sache gezählt werden.

Zunächst ist der vertragsgemäße Zustand bereits durch die Nachlieferung hergestellt, so dass die Herausgabe der mangelhaften Sache von Artikel 3 Abs. 4 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie nicht erfasst wird. Des Weiteren werden dem Verbraucher auch nicht Kosten, auch nicht solche der Rückgabe der gebrauchten, mangelhaften Sache auferlegt. Es geht vielmehr um die Herausgabe der Vorteile, die der Verbraucher (Käufer) aus dem Gebrauch der Sache gezogen hat, was auch gerade der Herstellung des vertragsgemäßen Zustands dient. Ohne die Mangelhaftigkeit hätte der Käufer nämlich auch die gekaufte Sache nicht unentgeltlich nutzen können. Abnutzungen durch den bestimmungsgemäßen Gebrauch wären vielmehr zu seinen Lasten gegangen. Im Übrigen wird die Mangelhaftigkeit der Sache bei der Bemessung der Gebrauchsvorteile nicht unberücksichtigt bleiben können.

Schließlich wird diese Wertung durch den Erwägungsgrund (15) der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie bestätigt. Danach können die Mitgliedstaaten vorsehen, dass „eine dem Verbraucher zu leistende Erstattung gemindert werden kann, um der Benutzung der Ware Rechnung zu tragen, die durch den Verbraucher seit ihrer Lieferung erfolgt ist“. Auch wenn diese Ausführungen durch die Bezugnahme auf die Minderung einer „dem Verbraucher zu leistenden Erstattung“ auch unmittelbar auf die Rückabwicklung des Vertrags nach dessen Auflösung bezogen ist, so zeigen sie doch, dass die Richtlinie eine derartige Verpflichtung des Verbrauchers ausdrücklich billigt. Die Interessenlage ist bei der Rückgabe einer mangelhaften Sache im Zusammenhang mit einer Nachlieferung durch den Verkäufer nicht anders. Die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie regelt derartige Abwicklungsfragen eben nicht (vgl. auch Erwägungsgrund (15) Satz 2).

Zu § 440 – Besondere Bestimmungen für Rücktritt und Schadensersatz

Zu Satz 1

Wie bereits in der Begründung zu § 437 RE ausgeführt, bestimmt sich das Recht des Käufers, vom Kaufvertrag zurückzutreten und ggf. Schadensersatz zu verlangen, nach den allgemeinen Vorschriften. Diese sehen in § 323 Abs. 1 RE für den Rücktritt und in § 281 Abs. 1 RE für den Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung für den Gläubiger (Käufer) die Notwendigkeit vor, dem Verkäufer eine Frist zur Nacherfüllung zu setzen. Der Fristsetzung bedarf es nur in Ausnahmefällen nicht. Einen Katalog dieser Fälle enthalten § 281 Abs. 2 und § 323 Abs. 2 RE. Die Besonderheiten des Kaufvertrags geben keinen Anlass, diesen Katalog einzuschränken.

§ 440 RE ergänzt dies vielmehr für den Kaufvertrag zunächst und vor allem um den Fall, dass die Nacherfüllung fehlgeschlagen ist. Diese Ergänzung ist erforderlich, weil nach § 281 Abs. 2 und § 323 Abs. 2 Nr. 3 RE eine Fristsetzung nur entbehrlich ist, wenn aus besonderen Gründen unter Abwägung der „beiderseitigen" Interessen die sofortige Geltendmachung von Schadensersatz statt der Leistung oder der sofortige Rücktritt gerechtfertigt ist. Ist die Nacherfüllung in Form der Nachbesserung oder Nachlieferung fehlgeschlagen, kann dem Käufer eine (weitere) Fristsetzung aber nicht zugemutet werden; für sein Recht zum sofortigen Rücktritt vom Vertrag kommt es auf das mögliche Interesse des Verkäufers, am Vertrag festzuhalten, nicht mehr an. Dabei kommt es nur darauf an, dass die „dem Käufer zustehende“ Art der Nacherfüllung fehlgeschlagen ist. Dem Käufer steht die Art der Nacherfüllung zu, die er gewählt und die der Verkäufer nicht zu Recht verweigert hat. Es ist dem Käufer nicht zuzumuten, nach vergeblichen Nachbesserungsversuchen des Verkäufers erst noch weitere, in ihrem Erfolg wieder ungewisse Nachlieferungsversuche des Verkäufers abzuwarten, bevor er Sekundäransprüche geltend machen kann

Den Begriff „Fehlschlagen“ hat das AGB-Gesetz im bisherigen § 11 Nr. 10 Buchstabe b eingeführt. Ein „Fehlschlagen“ ist nach der bisherigen Rechtsprechung zu diesem Begriff im Wesentlichen anzunehmen bei objektiver oder subjektiver Unmöglichkeit, Unzulänglichkeit, unberechtigter Verweigerung, ungebührlicher Verzögerung und bei einem misslungenen Versuch der Nachbesserung bzw. Ersatzlieferung (BGH, NJW 1994, 1004, 1005; BGHZ 93, 29, 62, 63; Hensen in: Ulmer/Brandner/Hensen § 11 Nr. 10 Buchstabe b Rdn. 35). Daneben sind Fälle anerkannt, in denen eine Nachbesserung wegen Unzumutbarkeit für den Käufer nicht in Betracht kommt (Hensen aaO Rdn. 45 m. w. N.).

Wegen des mittlerweile eingeführten Begriffs übernimmt der Entwurf das „Fehlschlagen“ der Nacherfüllung zur Umschreibung des Falles, in dem es der Bestimmung einer Frist nicht bedarf. Damit sind zugleich die Fälle erfasst, in denen – trotz entsprechender Versuche - nicht davon gesprochen werden kann, dass der Verkäufer Abhilfe geschaffen hat, Artikel 3 Abs. 5, 2. Spiegelstrich der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie.

Ob man begrifflich unter dem „Fehlschlagen“ der Nacherfüllung auch den Fall der Unzumutbarkeit fassen kann, ist nicht zweifelsfrei. Der Entwurf nennt ihn deshalb in Ergänzung der Vorschläge der Schuldrechtskommission als zweiten Fall des Absatzes 2. Dies dient gleichzeitig der Umsetzung von Artikel 3 Abs. 5, 3. Spiegelstrich der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, der den Fall behandelt, dass eine Abhilfe mit erheblichen Unannehmlichkeiten für den Verbraucher verbunden ist. In dem Merkmal der „Zumutbarkeit“ ist auch die nähere Konkretisierung aus Artikel 3 Abs. 3 S. 3 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie zusammengefasst, dem

zufolge für die Beurteilung der „erheblichen Unannehmlichkeit“ auf die Art der Sache und den Zweck abzustellen ist, für den der Verbraucher die Sache benötigt. Dies wird bei der Frage der Zumutbarkeit im Zusammenhang mit § 440 RE mit zu berücksichtigen sein.

Artikel 3 Abs. 5, 1. Spiegelstrich der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie behandelt den Fall, dass der Verbraucher (Käufer) keinen Anspruch auf Nacherfüllung hat. Hierfür nennt Artikel 3 Abs. 3 S. 1 die beiden Fälle der Unmöglichkeit und der Unverhältnismäßigkeit der Nacherfüllung, die der Entwurf – wie ausgeführt – in den §§ 275 und 439 Abs. 3 RE behandelt. Soweit die Unmöglichkeit dabei bislang als Unterfall des „Fehlschlagens“ der Nacherfüllung angesehen wird, wird dies künftig durch die Anwendung der allgemeinen Regeln des Leistungsstörungsrechts abgelöst. Wie in der Begründung zu §§ 437, 439 RE bereits ausgeführt, ergeben sich die Rechtsfolgen bei Unmöglichkeit der Nacherfüllung aus § 437 Nr. 2 bzw. 3 in Verbindung mit § 326 Abs. 1 Satz 3 RE (Rücktrittsmöglichkeit ohne Fristsetzung) bzw. §§ 283, 311a Abs. 2 RE (Schadensersatz statt der Leistung ohne Fristsetzung). Dabei ist das bereits in der Begründung zu § 439 Abs. 3 RE erläuterte Verhältnis der beiden Arten der Nacherfüllung zueinander zu beachten: Eine Fristsetzung wird nur entbehrlich, wenn beide Arten der Nacherfüllung und damit die Nacherfüllung insgesamt entbehrlich ist. Nur dann kann man davon sprechen, dass „die Leistung“, also hier die Erfüllung des Nacherfüllungsanspruchs unmöglich ist.

Darüber hinaus ist die Einrede des Verkäufers aus § 439 Abs. 3 RE in § 440 RE ausdrücklich genannt. Entsprechend dem oben zu § 439 RE bereits erläuterten und soeben im Zusammenhang mit der Unmöglichkeit aufgegriffenen Verhältnis der beiden Arten der Nacherfüllung zueinander ist eine Fristsetzung auch hier nach dem ausdrücklichen Wortlaut des § 440 RE nur dann entbehrlich, wenn der Verkäufer beide Arten der Nacherfüllung gemäß § 439 Abs. 3 RE verweigert. Besteht seine Einrede nur hinsichtlich der einen Art der Nacherfüllung, so muss ihm der Käufer – wie bei der Unmöglichkeit – zur Erfüllung der anderen Art eine Frist setzen, bevor er zurücktreten oder Schadensersatz statt der Leistung verlangen kann. Zu beachten ist weiterhin, dass der Verkäufer die Nacherfüllung verweigert haben muss. Es genügt nicht, dass die Voraussetzungen der Einredelage des § 439 Abs. 3 RE vorliegen, der Verkäufer muss sich auch darauf berufen. Damit wird dem Umstand Rechnung getragen, dass der Verkäufer ein Interesse daran haben kann nachzuerfüllen, auch wenn ihm dies nur mit Anstrengungen möglich ist, die eine Verweigerung nach § 439 Abs. 3 RE rechtfertigen würden.

Erwogen worden ist auch die Frage, ob dem Käufer ein Recht zum sofortigen Rücktritt nicht nur in den Fällen des § 438 Abs. 2 RE, sondern auch bei den sog. Alltagsgeschäften einge-

räumt werden soll. Der Entwurf hat sich letztlich aus folgenden Gründen für die einheitliche Lösung des § 438 Abs. 1 RE entschieden: Zum einen sind die Alltagsgeschäfte nicht hinreichend bestimmt und sachgerecht gesetzlich zu beschreiben. Zum anderen würde eine abweichende Sonderregelung für Sachmängel die angestrebte Einheit mit dem allgemeinen Leistungsstörungsrecht durchbrechen, den wünschenswerten Gleichlauf des kauf- und werkvertraglichen Gewährleistungsrechts erheblich stören und für den Rücktritt beim Vorliegen eines Rechtsmangels, bei dem die Fristsetzung als Voraussetzung für den Rücktritt unverzichtbar ist, eine weitere Spezialvorschrift verlangen.

Auch wenn auf eine Ausnahme zum Erfordernis der Fristsetzung für Alltagsgeschäfte verzichtet wird, bleibt das berechtigte Interesse des Käufers an einer zügigen Rückabwicklung solcher Verträge gewahrt. § 281 Abs. 1 und § 323 Abs. 1 RE erfordern eine „angemessene" Frist. Die Angemessenheit der Frist beurteilt sich vorrangig nach dem Interesse des Käufers, der gerade bei den Alltagsgeschäften die kurzfristige Reparatur oder den sofortigen Austausch der mangelhaften Sache beanspruchen kann. Bei den Alltagsgeschäften werden häufig die Voraussetzungen des § 281 Abs. 2 Fall 2 bzw. des § 323 Abs. 2 Nr. 3 RE vorliegen, nach denen die sofortige Geltendmachung von Schadensersatz statt der Leistung bzw. der sofortige Rücktritt, also ohne Bestimmung einer Frist, möglich ist.

Zu Satz 2

Eine der Erscheinungsformen des Fehlschlagens ist die ungebührliche Verzögerung. Für die Nachbesserung stellt sich immer wieder die Frage, wieviele Versuche der Käufer hinnehmen muss. Diese Frage lässt sich nicht allgemeingültig beantworten. Entscheidend ist vielmehr, dass der Mangel in dem von der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie vorgegebenen angemessenen Zeitraum tatsächlich behoben wird. Die Zahl der Nachbesserungsversuche ist eher zweitrangig, aber auch nicht ohne Bedeutung, weil die Zahl der erforderlichen Versuche auch die Bemessung des angemessenen Zeitraums bestimmt. Zur praktischen Erleichterung soll die Richtgröße von zwei Versuchen in Satz 2 ausdrücklich angesprochen werden. Halbsatz 2 bringt zum Ausdruck, dass immer auch auf die Umstände geachtet werden muss, die zu einer niedrigeren oder höheren Zahl von Versuchen führen können.

Zu § 441 - Minderung

Zu Absatz 1

Zu Satz 1

§ 441 RE regelt das Recht des Käufers, den Kaufpreis bei Lieferung einer mangelhaften Sache zu mindern. Wie bereits in der Begründung zu § 437 RE ausgeführt, handelt es sich um ein besonderes kaufrechtliches, im allgemeinen Leistungsstörungsrecht nicht vorhandenes Rechtsinstitut, das in ähnlicher Form auch im bisherigen Bürgerlichen Gesetzbuch geregelt ist.

Die Regelung der Minderung in Absatz 1 Satz 1 weicht in drei Punkten vom geltenden Recht ab:

- Der Käufer kann den Kaufpreis auch beim Vorliegen eines Rechtsmangels in gleicher Weise wie beim Vorliegen eines Sachmangels mindern.

- Der Käufer ist zur Minderung erst nach erfolgloser Fristsetzung zur Nacherfüllung berechtigt.

- Die Minderung ist Gestaltungsrecht.

Maßgeblich hierfür sind die folgenden Gründe:

Bei Grundstückskaufverträgen gibt es in der Praxis Fallgestaltungen, in denen es dem Verkäufer mangels Zustimmung des Berechtigten nicht gelingt, dem Käufer das Eigentum am Grundstück frei von einem eingetragenen Recht zu verschaffen. Geht es um die Löschung einer „lästigen" Dienstbarkeit (Wege- oder Leitungsrecht), ist der Käufer regelmäßig nicht an einem Rücktritt vom Vertrag interessiert. Weit interessengerechter ist für ihn eine Herabsetzung des Kaufpreises um den wirtschaftlichen Wert der Beeinträchtigung. Dies spricht dafür, auch beim Rechtsmangel die Minderung in gleicher Weise wie beim Sachmangel vorzusehen.

Die Gründe, die dafür sprechen, dem Käufer das Recht zum Rücktritt vom Kaufvertrag erst zu geben, wenn der Verkäufer Gelegenheit zur Nacherfüllung gehabt hat, sprechen auch bei der Minderung für das Erfordernis erfolgloser Fristsetzung. Die Ausgangslage unterscheidet sich nicht von derjenigen bei Rücktritt des Käufers vom Vertrag. In dem Wortlaut des § 441 Abs. 1 Satz 1 RE kommt diese Voraussetzung dadurch zum Ausdruck, dass der Käufer die Minderung „statt“ des Rücktritts erklären kann. Um mindern zu können, muss der Käufer also zunächst die Voraussetzungen für den Rücktritt herbeiführen, also im Regelfall eine Frist setzen, § 323 Abs. 1 RE. Für die Ausnahmen von der Notwendigkeit einer Fristsetzung gelten dabei dieselben Ausnahmen wie beim Rücktritt (vor allem § 323 Abs.2 und § 440 RE).

Auch bevor der Käufer den Kaufpreis mindern kann, muss er also zunächst Nacherfüllung verlangen. Auch hier steht gemäß § 439 Abs. 1 RE ihm und nicht dem Verkäufer das Wahlrecht zwischen den verschiedenen Arten der Nacherfüllung zu. Dies entspricht Artikel 3 Abs. 2 bis 5 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, die insoweit nicht zwischen Minderung und Vertragsauflösung unterscheiden.

Wenn die Minderung zu einem Gestaltungsrecht wird, werden die Probleme des derzeitigen § 465 vermieden. Die auch insoweit vorgenommene Angleichung an das Rücktrittsrecht ist angemessen.

Zu Satz 2

Eine weitere Änderung gegenüber dem geltenden Recht und eine Abweichung von den Regelungen über den Rücktritt ist in Satz 2 enthalten. Danach ist die Minderung auch bei Unerheblichkeit des Mangels nicht ausgeschlossen, weil der dies für den Rücktritt regelnde § 323 Abs. 4 Satz 2 RE für nicht anwendbar erklärt wird.

Das entspricht der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, die ebenfalls nur in diesem Punkt das Recht des Käufers zur Vertragsauflösung und Herabsetzung des Kaufpreises abweichend regelt. Artikel 3 Abs. 6 der Richtlinie bestimmt, dass der Verbraucher bei einer „geringfügigen Vertragswidrigkeit“ lediglich keinen Anspruch auf Vertragsauflösung hat. Das Minderungsrecht muss ihm aber auch dann erhalten bleiben.

Zu Absatz 2

Auf Grund der Ausgestaltung der Minderung als Gestaltungsrecht kann die Vorschrift des bisherigen § 474 nicht beibehalten werden. Vielmehr ist – wie in § 351 RE (bisher § 356) für den Rücktritt - eine Unteilbarkeit der Minderung vorzusehen. Bei der Beteiligung mehrerer soll die Minderung deshalb nicht auf einzelne beschränkt werden; sie kann nur einheitlich erklärt werden.

Zu Absatz 3

Zu Satz 1

Die Vorschrift übernimmt den bisherigen § 472 Abs. 1 (Berechnung der Minderung) mit Änderungen.

Der Minderungsbetrag sollte möglichst einfach und praktikabel zu berechnen sein. Abweichend vom geltenden Recht sieht der Entwurf daher nicht die relative Berechnungsmethode nach dem Verkehrswert der mangelhaften Sache vor, die – da ihr objektiver Wert nur schwer zu ermitteln ist – häufig zu Schwierigkeiten führt. Er hat sich vielmehr für eine Regelung entschieden, die an den vereinbarten Kaufpreis anknüpft. Nach dessen Höhe ist in relativer Berechnungsweise der Minderungsbetrag zu berechnen.

Die Berechnung des Minderungsbetrags soll nicht von den Kosten der Nachbesserung abhängig gemacht werden. Diese können zwar im Einzelfall Anhaltspunkte für die Wertberechnung geben, können aber auch besonders hoch sein und stünden dann zur Leistung des Verkäufers in einem auffälligen Missverhältnis. Nicht gefolgt wird auch dem Vorschlag, bei der Berechnung des Minderungsbetrags subjektive Gesichtspunkte zu berücksichtigen. Wird durch den Mangel der Kaufsache ein Affektionsinteresse des Käufers verletzt, kann der Verkäufer unter Umständen bereits nach § 439 Abs. 3 RE die Nacherfüllung verweigern, weil sie einen unverhältnismäßigen Aufwand erfordert. Subjektive Erwartungen und Vorstellungen können bei der insoweit gebotenen umfassenden Interessenabwägung besser berücksichtigt werden als bei der Minderung.

Eine dem bisherigen § 472 Abs. 2 entsprechende Regelung über die Minderung beim Verkauf mehrerer Sachen ist nicht notwendig. Die Vorschrift hat sich in der Praxis als überflüssig erwiesen.

Eine Regelung über die Berechnung des Minderungsbetrags bei Mitverantwortung des Käufers für den Mangel ist ebenfalls nicht erforderlich. In welchem Verhältnis der Minderungsbetrag herabzusetzen ist, wenn der Käufer ausnahmsweise einen Mangel der Kaufsache mit zu vertreten hat, richtet sich nach den allgemeinen Vorschriften sowie nach dem Rechtsgedanken des § 254, der auch bei Berechnung des Minderungsbetrags anwendbar ist.

Zu Satz 2

Maßgebend für die Berechnung des Minderungsbetrages ist der Wert im Zeitpunkt des Vertragsschlusses. Zur Vereinfachung der Berechnung wird im Gesetzestext klargestellt, dass etwaige Wertveränderungen im Zeitraum zwischen Vertragsschluss und Minderung außer Betracht bleiben.

Zu Satz 3

Satz 3 eröffnet die Möglichkeit, den Minderungsbetrag - soweit erforderlich - durch Schätzung zu ermitteln. Eine solche Schätzung wird bereits jetzt von der Rechtsprechung vorgenommen (vgl. BGHZ 77, 320, 326). Auch ist die Schätzung eines Betrags dem geltenden Recht nicht unbekannt (vgl. §§ 738 Abs. 2, 2311 Abs. 2 S. 1).

Zu Absatz 4

Hat der Käufer den Kaufpreis bereits ganz oder teilweise bezahlt, steht ihm nach der Minderung ein Anspruch auf Rückzahlung des geleisteten Mehrbetrags zu. Absatz 4 regelt diesen Anspruch nicht durch bloße Verweisung auf die Rücktrittsvorschriften, sondern durch eine selbständige Anspruchsgrundlage. Ergänzend finden die Rücktrittsvorschriften des § 346 Abs. 1 und des § 347 Abs. 1 RE Anwendung.

Zu Absatz 5

Absatz 5 erklärt die §§ 218 und 438 Abs. 4 für entsprechend anwendbar, so dass die Auswirkungen der Verjährung auf die Gestaltungsrechte des Käufers „Rücktritt“ und „Minderung“ gleich geregelt sind. Auf die Begründung zu diesen Vorschriften kann im Übrigen Bezug genommen werden.

Zu § 442 – Kenntnis des Käufers

Die Vorschrift fasst die bisherigen §§ 439, 460 inhaltlich teilweise abweichend zu einer Vorschrift zusammen und dient der Umsetzung des Artikels 2 Abs. 3 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie.

Zu Absatz 1

Zu Satz 1

Absatz 1 Satz 1 sieht einen Ausschluss der Gewährleistungsrechte des Käufers vor, wenn dieser den Mangel bei Vertragsschluss kennt. „Kenntnis“ bedeutet positive Kenntnis vom Mangel. Während bisher § 439 Abs. 1 RE für die Rechtsmängelhaftung auf die positive Kenntnis des Käufers abstellt, führt nach dem bisherigen § 460 Satz 2 bei der Sachmängelhaftung auch grobe Fahrlässigkeit des Käufers hinsichtlich des Vorhandenseins eines Mangels zum Ausschluss der Haftung des Verkäufers. § 460 Satz 2 nimmt hiervon jedoch die

Fälle aus, in denen der Verkäufer die Abwesenheit des Fehlers zugesichert oder den Fehler arglistig verschwiegen hat. Maßgeblich ist der Zeitpunkt des Vertragsschlusses.

§ 442 Abs. 1 Satz 1 RE übernimmt die bisherigen § 460 Satz 1 und § 439 Abs. 1 in eine einheitlichen sowohl Rechts- als auch Sachmängel betreffende Vorschrift. Dies deckt sich auch mit Artikel 2 Abs. 3 Fall 1 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie. Danach liegt keine Vertragswidrigkeit, d. h. kein Mangel vor, wenn der Verbraucher (Käufer) zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses Kenntnis von der Vertragswidrigkeit hatte.

Zu Satz 2

§ 442 Abs. 1 Satz 2 RE übernimmt inhaltlich den bisherigen § 460 Satz 2 und dehnt ihn auf die Haftung des Verkäufers für Rechtsmängel aus. Der Käufer hat daher dann, wenn ihm ein Mangel bei Vertragsschluss infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben ist, Rechte wegen dieses Mangels nur dann, wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen oder eine Garantie für das Vorhandensein einer Eigenschaft übernommen hat. Die Schuldrechtskommission hatte in § 442 KE diese Regelung aufgegeben. Dem folgt der Entwurf nicht. Die bislang dem § 460 Satz 2 zugrundeliegende gesetzgeberische Wertung, nach der bei Zusicherung oder Arglist grobfahrlässige Unkenntnis des Mangels nicht zum Haftungsausschluss führt, ist richtig und sollte beibehalten werden (Reinking, DAR 2001, 8, 10; Ehmann/Rust, JZ 1999, 853, 857; Krebs, DB Beilage 14/2000, 18). Dabei ist auch die Erstreckung auf Rechtsmängel schon angesichts der generell angestrebten Gleichbehandlung von Rechts- und Sachmängeln gerechtfertigt. Es ist kein Grund erkennbar, der die von dem bisherigen § 439 Abs. 1 geregelte Beschränkung auf die Kenntnis des Käufers erfordern würde. Dies gilt gerade vor dem Hintergrund, dass Rechts- und Sachmängel oft kaum zuverlässig und eindeutig begrifflich voneinander zu unterscheiden sind.

Unverändert kann der bisherige § 460 Satz 2 indes schon deshalb nicht übernommen werden, weil dort von dem Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft die Rede ist, während der Entwurf diesem Umstand nicht mehr im Rahmen des Mangelbegriffs eigens erwähnt, wie oben zu § 434 RE ausgeführt. Das bedeutet aber nicht, dass es die Zusicherung tatsächlich nicht mehr geben wird. Ihre Bedeutung liegt aber jetzt an anderer Stelle im Gesetz, nämlich bei der inhaltlichen Bestimmung dessen, was der Schuldner (Verkäufer) gemäß § 276 Abs. 1 Satz 1 RE zu vertreten hat. Dort werden die bisherigen Fälle der Zusicherung einer Eigenschaft mit der Übernahme einer Garantie durch den Schuldner erwähnt. Deshalb wird auch in § 442 Abs. 1 Satz 2 RE eine daran ausgerichtete Formulierung übernommen. In der Sache entspricht dies der Zusicherung einer Eigenschaft des bisherigen Rechts. Dabei geht es nicht darum, dass über den Gefahrübergang hinaus eine Garantie für die Beschaffenheit

bzw. Haltbarkeit übernommen wird (vgl. § 443 RE), sondern allein um das, was auch bisher unter der Zusicherung einer Eigenschaft verstanden wurde: Die Erklärung des Verkäufers, dass die Kaufsache (bei Gefahrübergang) eine bestimmte Eigenschaft habe, verbunden mit der Erklärung, verschuldensunabhängig für alle Folgen ihres Fehlens einstehen zu wollen.

Das ist von Artikel 2 Abs. 3 Fall 2 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie gedeckt. Danach liegt auch dann keine Vertragswidrigkeit, d. h. kein Mangel vor, wenn der Käufer bei Vertragsschluss „vernünftigerweise nicht in Unkenntnis“ über die Mangelhaftigkeit der Kaufsache sein konnte. Dies lässt sich nach der Terminologie des Bürgerlichen Gesetzbuchs in dem Sinne einer Ausdehnung des Haftungsausschlusses auf grob fahrlässige Unkenntnis des Käufers von einem Mangel verstehen. Die durch die Sache gebotene Beschränkung dieses Ausschlusses und damit die Haftung des Verkäufers bei Arglist oder Übernahme einer Garantie trotz grober Fahrlässigkeit des Käufers ist deshalb mit der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie vereinbar. § 442 Abs. 1 Satz 2 RE ist wegen des nicht gänzlich einschränkungslosen Ausschlusses der Verkäuferhaftung sogar günstiger für den Verbraucher (Käufer), was die Richtlinie, da nur Mindeststandards enthaltend, zulässt.

In Anpassung an die Terminologie des Bürgerlichen Gesetzbuchs wird auch hier, ebenso wie bereits in § 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 RE (vgl. auch die Begründung dazu), nicht das dem Bürgerlichen Gesetzbuch fremde Merkmal „vernünftigerweise“ aus der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie übernommen. In der Sache entspricht dies der grob fahrlässigen Unkenntnis, die das Bürgerliche Gesetzbuch auch an anderer Stelle kennt, so z. B. in § 932 Abs. 2.

Zu Absatz 2

Die Vorschrift übernimmt den bisherigen § 439 Abs. 2 in einer überarbeiteten Fassung. Bei Grundstückskaufverträgen wird dem Käufer die Kenntnis der im Grundbuch eingetragenen Rechte durch den Notar vermittelt; diese Kenntnis darf in keinem Fall zum Anspruchsverlust führen.

Der Entwurf sieht vor, den Anwendungsbereich des bisherigen § 439 Abs. 2 über die dort genannten Grundpfandrechte hinaus auf alle im Grundbuch eingetragenen Rechte (Dienstbarkeiten, Vorkaufsrechte, Reallasten) zu erstrecken. Auch wenn in Grundstückskaufverträgen die Frage der Übernahme im Grundbuch eingetragener Rechte ausdrücklich geregelt wird, ist es sachgerecht, eine umfassende Verpflichtung des Verkäufers zur Lastenfreistellung auch bei Kenntnis des Käufers gesetzlich zu begründen. Der ausdrücklichen Erwähnung der Vormerkung bedarf es nicht. Unabhängig vom Streit über das Wesen der Vor-

merkung entspricht es allgemeiner Meinung, dass die Vorschriften über Grundstücksrechte (z. B. § 894) auf die Vormerkung entsprechend anwendbar sind.

Zu § 443 - Garantie

Vorbemerkung

Für die Frage, ob der Verkäufer seine Pflicht, dem Käufer die Sache frei von Sach- und Rechtsmängeln zu verschaffen, erfüllt hat, kommt es jeweils auf einen bestimmten Zeitpunkt an. Im Hinblick auf Sachmängel ist dies der Zeitpunkt des Gefahrübergangs. Da das Interesse des Käufers dahin geht, dass die Sache möglichst lange frei von Sachmängeln bleibt, übernehmen vielfach die Verkäufer die Garantie dafür, dass die Kaufsache während eines bestimmten Zeitraums oder für eine bestimmte Nutzungsdauer (z. B. die Kilometerleistung eines Kraftfahrzeugs) sachmängelfrei bleibt, und gehen damit über die gesetzliche Regelung hinaus. Eine solche Haltbarkeitsgarantie erweitert - in ihrem Geltungsbereich - die gesetzliche Sachmängelhaftung und wird deshalb auch als unselbständige Garantie bezeichnet, im Gegensatz zum selbständigen Garantieversprechen, das einen über die Sachmängelfreiheit hinausgehenden Erfolg zum Gegenstand hat. Die wirtschaftliche Bedeutung der Haltbarkeitsgarantie ist deshalb beträchtlich, weil diese geeignet ist, die Qualität der Ware zu belegen, und damit im Wettbewerb die Absatzchancen des Verkäufers verbessert.

Eine mindestens ebenso große praktische Bedeutung wie die Verkäufergarantie haben Garantieerklärungen, die Warenhersteller, selbständige Vertriebsgesellschaften von Herstellern und Importeure den Waren beifügen und die die Händler an ihre Käufer weitergeben. Die Rechtsprechung sieht darin ein Vertragsangebot, das durch den Händler (als Vertreter oder Bote) übermittelt und vom Käufer stillschweigend angenommen wird (BGHZ 78, 369, 371 ff.; BGH, NJW 1981, 2248, 2249; BGHZ 104, 82, 85 f.). Je nach Fallgestaltung kann auch ein Vertrag zugunsten Dritter angenommen werden, aus dem dem Käufer Rechte gegen den Hersteller zustehen (BGHZ 75, 75, 77 f.).

Bedeutsam sowohl für die Verkäufergarantie als auch für die Herstellergarantie ist es zunächst, auf welche Eigenschaften und Beschaffenheitsmerkmale sie sich bezieht, wie lange sie gelten soll und welche Rechtsbehelfe dem Käufer im Garantiefall zustehen. Klar sein muss das Verhältnis der Garantie zur gesetzlichen Haftung für Sachmängel. Probleme können hinsichtlich der Beweislastverteilung sowie der Dauer der Verjährungsfrist und ihres Beginns entstehen. Für die Herstellergarantie können sich darüber hinaus besondere Rechts-

fragen daraus ergeben, dass dem Käufer Rechte gegenüber dem Verkäufer und dem Hersteller zustehen, die sich teilweise inhaltlich decken.

Eine gesetzliche Regelung der unselbständigen Garantie fehlt gegenwärtig. Der Gesetzgeber des Bürgerlichen Gesetzbuchs hat hierauf verzichtet, weil er davon ausging, dass der Sinn von Garantiefristen sehr unterschiedlich sein könne und ganz von den Umständen des Einzelfalles abhänge (Motive II S. 240 f.).

Die Rechtsprechung versteht den Inhalt einer Garantie so, dass alle während der Garantiefrist auftretenden Mängel Gewährleistungsansprüche auslösen können (BGH, NJW 1979, 645). Dabei ist allerdings nicht sicher, ob nur die anfängliche Mangelhaftigkeit widerleglich vermutet werden soll oder ob der später auftretende Mangel einem anfänglichen Mangel gleichstehen soll (vgl. Soergel/Huber § 459 Rdn. 143).

Die Garantie lässt - soweit nicht etwas anderes vereinbart ist - die gesetzlichen Gewährleistungsrechte unberührt und verschafft dem Käufer zusätzliche Rechte (BGHZ 104, 82, 86, für die Garantie des Warenimporteurs). Der Beginn der Garantiefrist kann besonders festgelegt sein (BGHZ 75, 75, 79 für die Herstellergarantie); ist das nicht der Fall, so beginnt sie in der Regel mit der Übergabe.

Einige Unsicherheit besteht in der Frage, wie sich die Beweislast zwischen Käufer und Verkäufer verteilt, wenn streitig ist, ob ein Mangel unter die Garantie fällt (vgl. BGH, DAR 1996, 361; DAR 1995, 111; BB 1961, 228 und 1962, 234; OLG Köln, MDR 1966, 673). In diesem Punkt und hinsichtlich der Rechte, die ein Garantiefall für den Käufer auslöst, wird weitgehend auf die Auslegung der gegebenen Garantie im Einzelfall abgestellt.

Auf die Verjährung der Ansprüche des Käufers aus einer Garantie wendet die Rechtsprechung die Verjährungsvorschriften der geltenden §§ 477 ff. entsprechend an. Wenn die Garantiefrist die Verjährungsfrist nicht übersteigt, soll der gesetzliche Beginn der Verjährungsfrist nicht berührt sein (RGZ 128, 211, 213). Eine längere Garantiefrist soll hingegen bewirken, dass die Verjährungsfrist erst mit der Entdeckung des Mangels (innerhalb der Garantiefrist) beginnt (BGH, NJW 1979, 645; OLG Saarbrücken, NJW-RR 1997, 1423).

Ohne gesetzliche Regelung hat der Rechtsprechung die Einordnung der unselbständigen Garantie in das System der kaufrechtlichen Gewährleistung von jeher Schwierigkeiten bereitet (BGHZ 79, 117, 120). Soweit es um Garantien in Form von Allgemeinen Geschäftsbedingungen geht, fällt zusätzlich ins Gewicht, dass es an einem gesetzlichen Leitbild fehlt.

Mangels gesetzlicher Vorschriften ist die Rechtsprechung, wenn auch der BGH einige Leitlinien entwickelt hat, weitgehend auf die Auslegung der Garantieerklärung im Einzelfall angewiesen. Das führt naturgemäß zu beträchtlicher Unsicherheit, zumal die Ausführungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen häufig unvollständig sind.

Dass alle während der Garantiefrist auftretenden Mängel, soweit sie gegenständlich von der Garantie erfasst werden, Ansprüche des Käufers auslösen können, ist unbestritten (BGH, NJW 1979, 645). Dabei besteht allerdings die bereits aufgezeigte Unsicherheit, ob nur die anfängliche Mangelhaftigkeit widerleglich vermutet werden soll oder ob der später auftretende Mangel einem anfänglichen Mangel gleichstehen soll. Dieser konstruktive Unterschied kann sich auf die Beweislastverteilung auswirken.

Die Beweislast bereitet erhebliche Probleme. Der BGH hat zunächst die Auslegung der jeweiligen Garantieerklärung in den Vordergrund gestellt (BB 1961, 228, 1962, 234), ist später aber ohne weiteres davon ausgegangen, dass der Käufer nur das Auftreten eines Sachmangels während der Garantiefrist zu beweisen habe (BGH, DAR 1996, 361; DAR 1995, 111). Es wird jedoch auch die Auffassung vertreten, der Käufer habe zu beweisen, dass er den Mangel nicht schuldhaft herbeigeführt habe (OLG Köln, MDR 1966, 673; BGB-RGRK/Mezger § 459 Rdn. 28; abweichend hiervon hält Mezger an anderer Stelle - BGB-RGRK § 477 Rdn. 15 - auch die Auslegung für möglich, dass die anfängliche Mangelhaftigkeit vermutet werden solle mit der Folge, dass der Verkäufer die mangelfreie Lieferung zu beweisen habe). Baumgärtel (Handbuch der Beweislast im Privatrecht Bd. 1, § 459 Rdn. 15) will regelmäßig nach der Länge der Garantiefrist differenzieren; bei Fristen, die mit der gesetzlichen Verjährungsfrist übereinstimmen, soll der Verkäufer die Beweislast für ein Verschulden des Käufers tragen; bei längeren Garantiefristen soll dagegen der Käufer das Vorliegen des Mangels im Zeitpunkt des Gefahrübergangs beweisen müssen.

Unsicherheiten bestehen auch wegen der Rechtsfolgen eines Garantiefalles. Häufig wird in den Garantiebedingungen ausdrücklich die Nachbesserung oder eine Ersatzlieferung versprochen. Wenn die Rechte des Käufers hierauf beschränkt werden, stellt sich die Frage, welche Rechte der Käufer im Falle der Unmöglichkeit oder des Fehlschlagens einer Nachbesserung hat. Da eine Garantie zusätzlich zur gesetzlichen Gewährleistung gegeben wird, ist § 11 Nr. 10 Buchstabe b AGBG insoweit nicht anwendbar. Ein Schadensersatzanspruch steht dem Käufer nur zu, wenn in der Garantie zugleich die Zusicherung einer Eigenschaft gesehen wird.

Die größten Schwierigkeiten bestehen hinsichtlich der Verjährung von Garantieansprüchen. Während der BGH bei Garantiefristen, die die gesetzliche Verjährungsfrist nicht übersteigen, einen Einfluss auf den Lauf der Verjährungsfrist verneint, sollen längere Garantiefristen bewirken, dass die Verjährungsfristen erst mit der Entdeckung des Mangels (innerhalb der Garantiefrist) beginnen (BGH, NJW 1979, 645). Ein geringer Unterschied in der Länge von Garantiefristen kann danach zu beträchtlichen Unterschieden bei den Rechtsfolgen führen, die den Vorstellungen der beteiligten Kreise kaum entsprechen dürften. Dass kürzere Garantiefristen nicht zu einer Verschiebung der Verjährungsfrist führen sollen, ist deshalb in der Literatur zum Teil nachdrücklich kritisiert worden (Staudinger/Honsell, § 459 Rdn. 91; Soergel/Huber, § 459 Rdn. 147). Andererseits kann auch die Verschiebung des Beginns der Verjährungsfrist problematisch sein. Wird eine Garantie nicht im Rahmen eines Kaufvertrags, sondern im Rahmen eines Werkvertrags über Arbeiten an einem Bauwerk vereinbart, so kann bei einem Mangel, der erst kurz vor Ablauf einer mehrjährigen Garantiefrist entdeckt wird, dann erst die 5jährige Verjährungsfrist des bisherigen § 638 zu laufen beginnen (BGHZ 75, 75, 81). Der Verkäufer kann also unter Umständen noch zu einem Zeitpunkt Mängelansprüchen ausgesetzt sein, zu dem er nach der gewährten Garantiefrist nicht mehr damit zu rechnen brauchte.

Die Herstellergarantie wirft grundsätzlich die gleichen Probleme auf wie die Verkäufergarantie. Allerdings sind die in Betracht kommenden Ansprüche des Käufers von vornherein stärker eingeschränkt. Minderung und Wandelung kommen in ihrer eigentlichen Form nicht in Betracht, weil der Hersteller keine Kaufpreisforderung gegen den Endabnehmer hat. Schwierigkeiten können sich ferner daraus ergeben, dass der Käufer inhaltlich übereinstimmende Ansprüche gegen den Verkäufer und den Hersteller hat, aber evtl. zunächst nur einen von beiden in Anspruch nimmt. Verhandlungen über den Anspruch, die Durchführung eines Nachbesserungsversuchs und auch das Fehlschlagen der Nachbesserung haben rechtliche Wirkungen gemäß § 425 nur gegenüber dem jeweils in Anspruch genommenen Teil. Daraus können sich für den Käufer nicht vorhergesehene und kaum verständliche Nachteile ergeben.

Während das EKG die unselbständige Garantie nicht regelte, findet sich in Artikel 36 Abs. 2 des UN-Kaufrechts eine ausdrückliche Bestimmung. Die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie enthält in Artikel 6 eine Bestimmung der Garantie, die im Wesentlichen bestimmte Anforderungen an die inhaltliche Ausgestaltung und die Form der Garantieerklärung enthält (Artikel 6 Abs. 2, 3 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie). Insoweit handelt es sich jedoch um Regelungen mit ausgeprägtem verbraucherschützenden Charakter, da sie das Informationsbedürfnis des Verbrauchers betreffen und Missbräuche durch unklare Formulierung der Garantiebedingun-

gen verhindern wollen. Sie sollen deshalb nicht in eine allgemeine Vorschrift zur Garantie übernommen werden, sondern weiter unten in den Untertitel eingestellt werden, der speziell den Verbrauchsgüterkauf betrifft (§ 477 RE). Lediglich die in Artikel 6 Abs. 1 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie enthaltene allgemeine Aussage zu der verpflichtenden Wirkung einer Garantie ist geeignet, mit Wirkung für sämtliche Kaufverträge übernommen zu werden. Auf ihr beruht Absatz 1.

Zu Absatz 1

Absatz 1 gibt Artikel 6 Abs. 1 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie mit etwas anderer Formulierung wieder. Er stellt klar, dass die Garantie denjenigen, der sie erklärt, bindet, d. h. dass der Käufer im Garantiefall die ihm eingeräumten Rechte geltend machen kann. Dabei sind nach dem ausdrücklichen Wortlaut der Richtlinie nicht nur die Bedingungen in der Garantieerklärung, sondern auch die Bedingungen maßgeblich, die ggf. in der einschlägigen Werbung genannt werden. Die Frage nach dem Umfang und der näheren inhaltlichen Ausgestaltung der Ansprüche des Käufers auf Grund der Garantie beantwortet sich also nach deren Wortlaut im Einzelfall.

Zu Absatz 2

Absatz 2 beschränkt sich im Übrigen darauf, für die Garantie durch eine widerlegliche Vermutung die Beweislast zugunsten des Käufers zu regeln. Die Regelung entspricht dem tatsächlichen durch die Rechtsprechung erreichten Rechtszustand (Reinking, DAR 2001, 8, 15). Keine allgemeinen Bestimmungen sollen hingegen getroffen werden über den Gegenstand und die Dauer einer Garantie und auch nicht über die dem Käufer zustehenden Rechtsbehelfe sowie über die Verjährung.

Der Gegenstand der Garantie entzieht sich einer Regelung. Nicht vorgesehen werden kann, dass eine Garantie alle Eigenschaften der Kaufsache erfasst. Häufig werden nur einzelne Teile oder bestimmte Eigenschaften in eine Garantie einbezogen. Gelegentlich werden auch für einzelne Teile oder Eigenschaften unterschiedliche Garantiefristen eingeräumt. Oft ermöglicht es erst eine solche Beschränkung, eine Garantie zu gewähren.

Es ist auch nicht angezeigt, die sich an die Garantie anknüpfenden Rechte des Käufers im Gesetz festzulegen. Eine Garantie ist zwar dazu bestimmt, die Ansprüche des Käufers aus der Mängelhaftung zu verstärken bzw. zu ergänzen. Als Rechte des Käufers aus der Garantie kommen deshalb alle Rechte in Betracht, die sich aus der Mängelhaftung ergeben kön-

nen. Es wäre aber nicht sachgerecht, dem Käufer von Gesetzes wegen für jede Garantie alle diese Ansprüche zu geben. Bislang werden häufig mit einer Garantie nur Ansprüche auf Nachbesserung oder Ersatzlieferung gewährt, die übrigen Rechtsbehelfe aber ausgeschlossen. Eine solche Praxis benachteiligt den Käufer nicht, weil die Garantie nicht etwa die gesetzlichen Gewährleistungsrechte einschränkt, sondern diese Rechtsposition des Käufers unberührt lässt und ihm nur daneben zusätzliche Rechte verschafft (BGHZ 104, 82, 86 für die Garantie des Warenimporteurs). Bei einer längeren Garantiefrist könnte es etwa unangemessen sein, dem Käufer noch ein Rücktrittsrecht zuzugestehen.

Würden dem Käufer für den Garantiefall durch Gesetz alle Rechtsbehelfe der Sachmängelhaftung zugebilligt, könnte das die unerwünschte Folge haben, dass die Verkäufer in Zukunft seltener Garantieerklärungen abgäben.

Es soll auch nicht als Mindeststandard im Gesetz festgelegt werden, dass der Käufer in jedem Fall wenigstens Nachbesserung oder Ersatzlieferung verlangen kann. Eine solche Befugnis braucht nicht für alle denkbaren Fälle sachgerecht zu sein, dem Verkäufer kann es überlassen bleiben, in den Garantiebedingungen eine andere Lösung vorzusehen, etwa das Recht auf Minderung. Enthalten die Garantiebedingungen nichts über die Rechte des Käufers im Garantiefall, wird das ohne Weiteres so zu verstehen sein, dass der Käufer alle im Gesetz bei Sachmängeln vorgesehenen Rechte hat. Das gilt jedenfalls bei einer Garantie des Verkäufers.

Geregelt werden soll zunächst die grundlegende Wirkung einer Garantieerklärung. Der erste Halbsatz setzt voraus, dass es Sache des Verkäufers oder des Dritten ist festzulegen, auf welche Teile und Eigenschaften der Sache sich die Garantie bezieht und welche Rechte sich im Garantiefall ergeben. In diesem Rahmen wird die Vermutung aufgestellt, dass ein während der Geltungsdauer auftretender Sachmangel die Rechte aus der Garantie zur Folge hat.

Die Geltungsdauer kann durch einen Zeitraum bestimmt sein, aber auch z. B. durch die Kilometerleistung eines Kraftfahrzeugs bzw. die Betriebsstunden einer Maschine oder durch eine Kombination beider Merkmale. Der Fristbeginn kann besonders festgelegt sein (vgl. BGHZ 75, 75, 79); ist das nicht der Fall, so wird die Garantiefrist in der Regel mit der Übergabe an den Käufer beginnen.

Von besonderer Bedeutung ist die Beweislastverteilung. Nach der Fassung des ersten Halbsatzes hat der Käufer zu beweisen, dass eine Garantie gegeben worden ist und dass ein

Mangel zu ihrem sachlichen Geltungsbereich gehört, dass es also um eine Eigenschaft geht, die von der Garantie erfasst wird. Das ist gerechtfertigt, weil der Käufer sich auf ein Recht beruft, das über die normale gesetzliche Sachmängelhaftung hinausgeht.

Ebenfalls hat der Käufer zu beweisen, dass der Mangel während der Garantiefrist aufgetreten ist. Dies wird im allgemeinen aber nur eine Rolle spielen, wenn ein Mangel erst nach Ablauf der Garantiefrist geltend gemacht wird. Für den Käufer, der die Sache im Besitz hat, ist der maßgebende Zeitpunkt ohne Weiteres erkennbar, für den Verkäufer hingegen nicht. Dem Käufer ist der Beweis deshalb zuzumuten. Eine umgekehrte Beweislastverteilung brächte die Gefahr mit sich, dass der Garantiezeitraum in nicht wenigen Fällen entgegen der Absicht des Verkäufers tatsächlich ausgedehnt würde.

Wenn feststeht, dass ein von der Garantie gegenständlich erfasster Mangel innerhalb der Garantiefrist aufgetreten ist, soll allerdings die Vermutung gelten, dass es sich um einen Garantiefall handelt. Es soll also nicht der Käufer beweisen müssen, dass der später aufgetretene Mangel eine Auswirkung des anfänglichen Zustandes der Sache ist. Wenn der Verkäufer oder der Dritte sich gegen die Inanspruchnahme mit der Begründung wehren will, die Sache sei vom Käufer unsachgemäß behandelt oder von einem Dritten beschädigt worden, soll ihn die Beweispflicht treffen. Jede andere Regelung müsste die Garantie weitgehend entwerten.

Der Beweis technisch einwandfreier Herstellung kann den Verkäufer oder den Dritten allerdings nicht entlasten. Nur eine falsche Behandlung oder ein sonstiges von außen auf die Sache einwirkendes Ereignis kommt für den Entlastungsbeweis in Betracht. Der Wert einer Garantie liegt dabei nicht nur darin, dass es dem Käufer erspart bleibt, das anfängliche Vorhandensein eines Mangels zu beweisen. Eine Haltbarkeitsgarantie bedeutet für ihn nicht zuletzt die Bestimmung eines Qualitätsstandards als vertragsmäßige Beschaffenheit im Sinne des § 434 RE.

Die Schuldrechtskommission hat in § 444 KE, der dem Absatz 2 inhaltlich im Übrigen entspricht, davon abgesehen, die Herstellergarantie gesetzlich zu regeln. Vielmehr sollte sich die oben erläuterte Vermutung nur auf die durch den Verkäufer gegebene Garantie beziehen. Dieser Vorschlag beruhte im Wesentlichen auf der Überlegung, dass erhebliche rechtsdogmatische Unterschiede zwischen beiden Garantieformen bestünden und es gegen die Systematik des Gesetzes verstoße, im Rahmen des Kaufvertragsrechts einen Vertrag mit anderen Vertragsparteien zu regeln.

Indes unterscheidet Artikel 6 Abs. 1 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie nun nicht mehr zwischen den verschiedenen Arten der Garantie und betrifft sowohl die Verkäufer- als auch die Herstellergarantie und darüber hinaus auch die Garantie durch sonstige Personen, z. B. den Importeur. Soweit die Garantie einer gesetzlichen Regelung überhaupt zugänglich ist, kann deshalb auch das deutsche Recht sich nicht auf die Regelung einer Verkäufergarantie beschränken. Das gilt unmittelbar jedenfalls insoweit, als der Anwendungsbereich der Richtlinie betroffen ist. Auch im Übrigen sollte jedoch eine möglichst in ihrem Anwendungsbereich einheitliche Regelung der Garantie geschaffen werden. Dabei lassen sich die wenigen regelbaren Grundsätze, wie sie in § 443 RE enthalten sind, auch auf die von einem Dritten, also nicht dem Verkäufer gegebene Garantie übertragen. Die Schuldrechtskommission hat in der Begründung ihres Vorschlags selbst die Erwartung geäußert, dass die Rechtsprechung den Rechtsgedanken des § 444 KE auf die Herstellergarantie überträgt. Damit wird zwar die Rechtsbeziehung zu einem Dritten, der nicht Partei des Kaufvertrags ist, in die gesetzliche Regelung mit einbezogen. Dies ist jedoch gerechtfertigt wegen des engen Zusammenhangs beider Verhältnisse: Ohne einen Kaufvertrag mit einem Händler gibt es auch keine Ansprüche aus einer Herstellergarantie.

Zu § 444 - Haftungsausschluss

Die Vorschrift fasst die bisherigen §§ 443 und 476 zusammen. Zugleich geht in dieser Vorschrift der bisherige § 11 Nr. 11 AGBG auf. Sie sieht vor, dass der Verkäufer sich auf eine Vereinbarung, durch welche die Gewährleistungsrechte des Käufers eingeschränkt oder ausgeschlossen werden, bei eigener Arglist oder Übernahme einer Garantie nicht berufen kann. Eine eigenständige Bedeutung hat diese Vorschrift nur, soweit ein Ausschluss oder eine Beschränkung der Gewährleistungsrechte des Käufers überhaupt zulässig ist, was vor allem beim Verbrauchsgüterkauf weitgehend nicht der Fall ist, § 475 RE. Hinsichtlich der Reichweite der in der Vorschrift genannten Garantie kann auf die obigen Ausführungen zu § 442 RE Bezug genommen werden. Auch hier ist inhaltlich die im bisherigen Recht erwähnte Zusicherung einer Eigenschaft gemeint.

Es ist vorzugswürdig, nicht die Nichtigkeit der Vereinbarung anzuordnen, sondern die Rechtsfolge dahingehend festzuschreiben, dass sich der Verkäufer nicht auf die Vereinbarung berufen kann. Dadurch wird zweifelsfrei, dass die Unwirksamkeit der Vereinbarung über den Gewährleistungsausschluss keinesfalls zur Unwirksamkeit des gesamten Kaufvertrags führt.

Das geltende Recht spricht davon, dass durch die Vereinbarung die Verpflichtung zur Gewährleistung wegen eines Mangels „erlassen" wird. Wie in dem bisherigen § 11 Nr. 10 Buchstabe a AGBG (jetzt: § 309 Nr. 8 Buchstabe a RE) soll dieser Begriff durch „ausgeschlossen" ersetzt werden.

Zu § 445 – Gefahr- und Lastenübergang

Vorbemerkung

Gemäß § 320 kann der Käufer grundsätzlich die Zahlung des Kaufpreises verweigern, solange ihm die Kaufsache vom Verkäufer nicht übergeben und ihm das Eigentum daran verschafft worden ist. Zweifelhaft ist, ob an diesem Grundsatz auch dann festgehalten werden kann, wenn aus Gründen, die der Verkäufer nicht zu vertreten hat, die Kaufsache zu einem Zeitpunkt untergegangen ist oder sich verschlechtert hat, in dem der Käufer zwar Eigentum noch nicht erlangt, der Verkäufer jedoch ihm oder einem Dritten die Sache zum Zweck der Erfüllung seiner Vertragspflichten bereits übergeben hat. Hierher gehört insbesondere der Fall, in dem die Kaufsache aus einem vom Verkäufer nicht zu vertretenden Grunde nach der Übergabe an eine Transportperson während der Reise zum Käufer untergeht, ferner der Fall, in dem die Kaufsache zu einem Zeitpunkt untergegangen ist, in dem der Käufer zwar schon Besitzer, aber wegen eines Eigentumsvorbehalts noch nicht Eigentümer der Kaufsache geworden ist.

In den bisherigen §§ 446, 447 wird der Zeitpunkt bestimmt, von dem an der Käufer die sog. „Vergütungsgefahr“ trägt, also den Kaufpreis bezahlen muss, obwohl er die Kaufsache nicht oder in beschädigtem oder verdorbenem Zustand erhält. Nach geltendem Recht trägt der Käufer diese Gefahr, sobald ihm die verkaufte Sache übergeben worden ist; bei Grundstücken tritt an die Stelle der Übergabe die Eintragung des Käufers in das Grundbuch, sofern sie vor der Übergabe erfolgt ist (bisher § 446 Abs. 2). Beim Versendungskauf tritt die gleiche Wirkung ein, sobald der Verkäufer die Sache dem mit der Versendung beauftragten Unternehmer übergeben hat (bisher § 447).

Nach Artikel 69 Abs. 1 UN-Kaufrecht geht die Gefahr grundsätzlich auf den Käufer über, sobald er die Ware übernimmt. Erfordert der Kaufvertrag eine Beförderung der Ware, so geht die Gefahr auf den Käufer über, sobald die Ware „individualisiert“ ist, also eindeutig dem Kaufvertrag zugeordnet werden kann und sie „gemäß dem Kaufvertrag dem ersten Beförderer zur Übermittlung an den Käufer übergeben wird“ (Artikel 67 Abs. 1 UN-Kaufrecht). In den nationalen Rechtsordnungen trägt der Käufer beim Spezieskauf oft schon die Gefahr mit

Vertragsschluss, jedenfalls aber von dem Zeitpunkt an, in dem ihm die Ware übergeben wird. Beim Versendungskauf reist die Ware auf Gefahr des Käufers.

Zu Satz 1

Satz 1 übernimmt den bisherigen § 446 Abs. 1 Satz 1. Danach geht mit der Übergabe der verkauften Sache die Gefahr des zufälligen Untergangs und der zufälligen Verschlechterung auf den Käufer über. Diese Vorschrift hat sich bewährt.

Zu Satz 2

Dasselbe gilt für Satz 2, der dem bisherigen § 446 Abs. 1 Satz 2 entspricht. Danach trägt mit der Übergabe der Käufer auch die Lasten der Sache und bekommt die Nutzungen.

Zu Satz 3

Satz 3 ergänzt die an die Übergabe anknüpfenden Sätze 1 und 2 dahin, dass ihr der Annahmeverzug des Käufers gleichsteht. Es erscheint sinnvoll, in § 445 RE selbst klarzustellen, dass der Käufer die Gefahr auch dann trägt, wenn er mit der Annahme der Sache in Verzug geraten ist.

Zu § 446 – Gefahrübergang beim Versendungskauf

Die Vorschrift übernimmt den bisherigen § 447, der die Gefahrtragung beim Versendungskauf betrifft. Jedenfalls außerhalb des Verbrauchsgüterkaufs (vgl. § 474 Abs. 2) besteht insbesondere im Verkehr zwischen Unternehmern ein Bedürfnis nach einer entsprechenden Gefahrtragungsregel, wie sie in ähnlicher Form – wie ausgeführt – auch in Artikel 67 UN-Kaufrecht enthalten ist (Zimmer in: Ernst/Zimmermann, S. 191 ff., 202 f.).

Zu § 447 – Kosten der Übergabe und vergleichbare Kosten

Zu Absatz 1

Absatz 1 betrifft die Verteilung der Kosten der Übergabe, die der Verkäufer zu tragen hat, und die Kosten der Abnahme und Versendung, die der Käufer trägt. Dies entspricht dem bisherigen § 448 Abs. 1; jedoch ist die besondere Erwähnung der „Kosten des Messens und Wägens" gestrichen worden, weil diese Kosten unter den heutigen Verhältnissen keine he-

rausgehobene Bedeutung mehr haben und sie sich ohne Weiteres unter dem Begriff der „Kosten der Übergabe" erfassen lassen.

Der bisherige § 448 Abs. 2, der die Kostentragung beim Rechtskauf betrifft, soll beibehalten, jedoch in § 453 Abs. 2 eingeordnet werden, wo der Verkauf von Rechten allgemein geregelt ist.

Zu Absatz 2

Absatz 2 entspricht weitgehend dem bisherigen § 449 zu den Grundbuch- und Schiffsregisterkosten. An ihm soll auch insoweit festgehalten werden, als er die „Kosten der zu der Eintragung erforderlichen Erklärungen" dem Käufer auferlegt. Diese Regelung hat eine praktische Bedeutung insbesondere dort, wo für die Eintragung die Zustimmung des Wohnungseigentumsverwalters oder eine vormundschaftsgerichtliche Genehmigung erforderlich ist.

In die Neufassung der Vorschrift brauchen diejenigen Formulierungen des bisherigen § 449 nicht übernommen zu werden, die den Kauf von eingetragenen Schiffen und Schiffsbauwerken sowie von Rechten an Grundstücken, eingetragenen Schiffen und Schiffsbauwerken betreffen. Insoweit ergibt sich die entsprechende Anwendbarkeit des Absatzes 2 aus den §§ 452 und 453 Abs. 1 RE.

Zu § 448 - Eigentumsvorbehalt

Vorbemerkung

Hat der Verkäufer den Kaufpreis gestundet, so kann er sich, wenn er die Kaufsache dem Käufer übergeben hat, dadurch sichern, dass er sich das Eigentum daran vorbehält. In solchen Fällen entsteht die (sachenrechtliche) Frage, wann die gemäß § 929 erforderliche dingliche Einigung wirksam wird, ferner die (schuldrechtliche) Frage, unter welchen Voraussetzungen der Verkäufer vom Kaufvertrag zurücktreten und die Kaufsache herausverlangen kann.

Nach geltendem Recht ist bei Vereinbarung eines Eigentumsvorbehalts im Zweifel anzunehmen, dass die Übertragung des Eigentums unter der aufschiebenden Bedingung vollständiger Zahlung des Kaufpreises erfolgt. Ferner ist in einem solchen Fall der Verkäufer im Zweifel zum Rücktritt vom Vertrag berechtigt, wenn der Käufer mit der Zahlung des Kaufpreises in Verzug kommt (bisher § 455).

Zu Absatz 1

Absatz 1 entspricht dem ersten Teil des bisherigen § 455 Abs. 1, der den Eigentumsvorbehalt regelt. Er umschreibt, wie die Vereinbarung eines Eigentumsvorbehalts rechtlich im Zweifel zu verstehen ist, nämlich als aufschiebend bedingte Übereignung. An diesem Teil des bisherigen § 455 Abs. 1 etwas zu ändern, besteht keine Veranlassung.

Der bisherige § 455 Abs. 1 enthält in seinem zweiten Teil noch eine weitere Auslegungsregel, nach der der Vorbehaltsverkäufer im Zweifel zum Rücktritt vom Vertrag berechtigt ist, wenn der Käufer mit der Zahlung in Verzug kommt. Diese Regel soll entfallen. Sie gestattet dem Verkäufer, vom Vertrag auch dann zurückzutreten, wenn er eine Frist nicht gesetzt und den Ablauf der Frist nicht abgewartet hat. Für eine solche Abweichung von der allgemeinen Regelung in § 323 RE besteht kein Anlass, zumal die Fristsetzung den Verkäufer nicht wesentlich belastet und sie außerdem unter den allgemeinen, in § 323 Abs. 2 RE geregelten Voraussetzungen unnötig ist.

Zu Absatz 2

In Übereinstimmung mit der Rechtsprechung (BGHZ 54, 214) soll in Absatz 2 klargestellt werden, dass der Verkäufer die Vorbehaltsware nur herausverlangen kann, wenn er vom Vertrag zurückgetreten ist. Hat der Verkäufer vorgeleistet und seine Ware aus der Hand gegeben, so muss er sie dem Käufer so lange belassen, wie der darüber geschlossene Vertrag in Geltung ist. Es besteht kein Bedürfnis dafür, dem Verkäufer die Rücknahme seiner Ware zu gestatten und gleichzeitig den Vertrag - unter Wegfall der Vorleistungspflicht - aufrechtzuerhalten. Eine solche Privilegierung der vorleistenden Vertragspartei ist dem Schuldrecht auch sonst fremd und fehlt insbesondere auch beim Grundstückskaufvertrag.

Zu Absatz 3

Absatz 3 entspricht dem bisherigen § 455 Abs. 2. Für eine Änderung besteht kein Anlass.

Zu den §§ 449 bis 451 - Umstellung der bisherigen §§ 456 bis 458

Die bisherigen §§ 456 bis 458, die den Ausschluss bestimmter Käufer bei einem Verkauf zum Zwecke der Pfandverwertung betreffen, sollen trotz ihrer geringen praktischen Bedeutung beibehalten werden. Ansonsten könnte der unrichtige Eindruck entstehen, dass bei einem Verkauf im Wege der Zwangsvollstreckung und bei anderen, ihm gleichgestellten Fällen

keine Bedenken gegen die Gültigkeit von Kaufverträgen bestehen, die mit Gerichtsvollziehern, Versteigerern und anderen beteiligten Personen zustande kommen. Die Bezeichnung ist an die neue Paragraphenfolge anzupassen.

Zu § 452 - Schiffskauf

Der Entwurf beschränkt sich im Interesse der Klarheit und Übersichtlichkeit darauf, in den Vorschriften der §§ 433 ff. zunächst ausschließlich den Sachkauf zu regeln, mit einigen Sonderregelungen für den Kauf von Grundstücken. Diese Vorschriften sind jedoch, soweit sie Grundstücke betreffen, gemäß § 452 entsprechend auf den Kauf von eingetragenen Schiffen und Schiffsbauwerken anzuwenden. Dies betrifft – wie nach geltendem Recht (§ 435 Abs. 2, § 449 Abs. 2) - die für den Grundstückskauf getroffenen Bestimmungen über die Haftung des Verkäufers für Rechtsmängel und für die Beurkundungs- und Grundbuchkosten (§§ 436 und 447 Abs. 2 RE).

Zu § 453 - Rechtskauf

Vorbemerkung

Das geltende Kaufvertragsrecht betrifft den Kauf von Sachen (unter Einschluss von Grundstücken, Schiffen und Schiffsbauwerken), enthält aber auch besondere Regeln für den Kauf von Rechten (bisherige §§ 433 Abs. 1 Satz 2, 437 f.), für den Kauf von Rechten an Grundstücken und anderen Sachen (bisherige §§ 435, 449) sowie für den Kauf von Rechten, die zum Besitz einer Sache berechtigen (bisherige §§ 441, 451). Daneben spricht die geltende Regelung gelegentlich vom Kauf von Gegenständen (bisherige §§ 434, 444); das Kaufvertragsrecht ist ferner entsprechend anzuwenden auf „kaufähnliche" Verträge, die auf die entgeltliche Veräußerung oder Belastung eines Gegenstandes gerichtet sind (bisherige §§ 445, 493). Der Entwurf beschränkt sich, wie oben bereits erwähnt, im Interesse der Klarheit und Übersichtlichkeit darauf, in den Vorschriften der §§ 433 ff. RE zunächst ausschließlich den Sachkauf zu regeln, mit einigen Sonderregelungen für den Kauf von Grundstücken. § 453 RE sieht die entsprechende Anwendung der Vorschriften über den Sachkauf auf den Kauf von Rechten und sonstigen Gegenständen vor. Die Regelung, nach der Kaufvertragsrecht auf „kaufähnliche" Verträge anzuwenden ist, kann – wie bereits oben ausgeführt – als entbehrlich entfallen.

Zu Absatz 1

Im Einklang mit dem geltenden Recht sieht § 453 Abs. 1 RE vor, dass die Vorschriften über den Sachkauf auch auf den Kauf von Rechten entsprechend anzuwenden sind. Daraus ergibt sich, dass der Verkäufer eines Rechts verpflichtet ist, dem Käufer das Recht frei von Rechtsmängeln zu verschaffen. Wie beim Sachkauf kann der Verkäufer auch beim Rechtskauf ausdrücklich oder stillschweigend Garantien etwa für den Bestand des Rechts übernehmen, § 276 Abs. 1 Satz 1 RE. Handelt es sich um den Verkauf von Rechten an Grundstücken, Schiffen oder Schiffsbauwerken, so sind insbesondere die Vorschriften der §§ 436 und 447 Abs. 2 RE entsprechend anzuwenden.

Gemäß Absatz 1 sind die Vorschriften über den Sachkauf auch auf den Kauf „sonstiger Gegenstände" entsprechend anzuwenden. Damit folgt die Vorschrift der Rechtsprechung, die schon heute die Vorschriften des Kaufvertragsrechts, soweit sie passen, z. B. auf die entgeltliche Übertragung von Unternehmen oder Unternehmensteilen, von freiberuflichen Praxen, von Elektrizität und Fernwärme, von (nicht geschützten) Erfindungen, technischem Know-how, Software, Werbeideen usw. anwendet. Soweit es um den Unternehmenskauf geht, hat der BGH die Haftung des Verkäufers, der unzutreffende Angaben über Umsatz oder Ertrag des verkauften Unternehmens gemacht hatte, zwar nicht nach den Vorschriften über die Sachmängelhaftung, sondern nach den Regeln über das Verschulden bei Vertragsanbahnung beurteilt (BGH, NJW 1970, 653; ferner NJW 1990, 1659; NJW-RR 1989, 307). Die Gründe, die ihn dazu veranlasst haben, sind aber nach den Vorschriften des Entwurfs weithin entfallen, da diese dem Käufer ein Nachbesserungsrecht gewähren, ihm ein Schadensersatzanspruch auch bei Fahrlässigkeit des Verkäufers zustehen kann, die Berechnung der Minderung erleichtert und auch eine angemessene Regelung der Verjährungsfrage bereitgestellt wird.

Zu Absatz 2

Die Kosten der Begründung und der Übertragung des verkauften Rechts muss gemäß Absatz 2 der Verkäufer tragen, ebenso wie im geltenden Recht nach § 448 Abs. 2.

Zu Absatz 3

Absatz 3 bestimmt, dass beim Verkauf eines Rechtes, das zum Besitz einer Sache berechtigt, der Verkäufer auch verpflichtet ist, die Sache zu übergeben. Das entspricht dem bisherigen § 433 Abs. 1 Satz 2 Fall 2. Nach der Neufassung des § 433 Abs. 1 Satz 2 RE ist der Verkäufer beim Sachkauf zur mangelfreien Eigentumsverschaffung verpflichtet. Soweit beim Rechtskauf das verkaufte Recht den Käufer zum Besitz einer Sache berechtigt, stellt Ab-

satz 3 deshalb klar, dass der Verkäufer verpflichtet ist, dem Käufer auch die Sache frei von Sach- und Rechtsmängeln zu übergeben. Das bedeutet, dass beim Verkauf eines Erbbaurechts der Verkäufer nicht nur das Erbbaurecht frei von Rechtsmängeln dem Käufer verschaffen, sondern ihm auch das Grundstück, das mit dem Erbbaurecht belastet ist, frei von Rechts- und Sachmängeln übergeben muss (vgl. BGH, NJW 1986, 1605).

Zu Untertitel 2 – Besondere Arten des Kaufs

Zu den §§ 454 bis 473 – Kauf auf Probe, Wiederkauf, Vorkauf

Der bisherige III. Untertitel (Besondere Arten des Kaufs) wird als Untertitel 2 mit leicht verändertem Inhalt übernommen. Er soll unmittelbar an § 453 anschließen. Damit werden die kaufrechtlichen Vorschriften der bisherigen §§ 495 bis 514 im Wesentlichen unverändert, lediglich mit anderer Paragraphenzählung und geringen Anpassungen an den heutigen Sprachgebrauch übernommen. Aus diesem Untertitel wird allein der bisherige § 494 (Kauf nach Probe) aufgehoben. Insoweit wird auf die Erläuterung zu den aufgehobenen Vorschriften Bezug genommen.

Zu der Einfügung eines neuen Untertitels 3 – Verbrauchsgüterkauf

Nach § 473 wird ein neuer Untertitel eingefügt, der den Verbrauchsgüterkauf betrifft. Dort sollen die Vorschriften eingestellt werden, deren Schaffung zur Umsetzung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie erforderlich ist, deren Geltung aber nicht für sämtliche Kaufverträge gerechtfertigt ist, weil sie spezifischen Verbraucherschutzgesichtspunkten Rechnung tragen.

Zu § 474 – Begriff des Verbrauchsgüterkaufs

Zu Absatz 1

In der ersten Vorschrift dieses neuen Untertitels ist der Anwendungsbereich der nachfolgenden Bestimmungen über den Verbrauchsgüterkauf geregelt. Der persönliche Anwendungsbereich entspricht weitgehend dem der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie. Diese betrifft Kaufverträge zwischen einem Verkäufer, der im Rahmen seiner beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit Verbrauchsgüter verkauft (Artikel 1 Abs. 2 Buchstabe c, und einem Verbraucher als Käufer. Unter einem Verbraucher versteht Artikel 1 Abs. 2 Buchstabe a der Ver-

brauchsgüterkaufrichtlinie jede natürliche Person, die Verbrauchsgüter zu einem Zweck kauft, der nicht ihrer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit zugerechnet werden kann.

Für die in einer einleitenden Bestimmung zum Verbrauchsgüterkauf notwendigen Definitionen der betroffenen Personen kann nun auf die mit dem Fernabsatzgesetz in das Bürgerliche Gesetzbuch eingefügten §§ 13 und 14 Bezug genommen werden. Nach § 13 ist Verbraucher jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu einem Zweck vornimmt, der weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann. Diese Definition deckt sich mit derjenigen in Artikel 1 Abs. 2 Buchstabe a der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie nahezu vollständig, weicht allerdings in einem Punkt hiervon ab: Anders als nach der Richtlinie nimmt § 13 nur die selbständige berufliche Tätigkeit aus dem Verbraucherbegriff aus. Das ist sachlich gerechtfertigt. Die Erwähnung der beruflichen neben der gewerblichen Tätigkeit hat in erster Linie den Zweck, auch die freien Berufe zu erfassen, die traditionell nicht als Gewerbe angesehen werden (Rechtsanwälte, Steuerberater usw.). Es sollten aber nicht die Personen aus dem Verbraucherbegriff ausgenommen werden, die als abhängig Beschäftigte eine Sache zu einem Zweck kaufen, der (auch) ihrer beruflichen Tätigkeit dient, z. B. der Lehrer, der sich einen Computer anschafft, um damit Klassenarbeiten zu entwerfen, oder der Angestellte, der eine Kaffeemaschine für sein Büro kauft. Das gilt auch für die Rechtsbeziehungen des Arbeitnehmers zu seinem Arbeitgeber. Solche Fälle sind nicht mit denjenigen vergleichbar, in denen selbständig als Unternehmer am Wirtschaftsleben Beteiligte Verträge abschließen. Sie sollen deshalb den besonderen Vorschriften über Verbrauchergeschäfte unterstellt werden.

Mit Artikel 1 Abs. 2 Buchstabe a der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie ist dies vereinbar. Es wird damit nämlich gegenüber der Richtlinie der Verbraucherbegriff ausgedehnt, also ein höheres Schutzniveau für die Verbraucher im Sinne des Artikels 8 Abs. 2 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie erreicht. Unternehmer ist spiegelbildlich dazu gemäß § 14 Abs. 1 eine Person, die bei Vornahme eines Rechtsgeschäfts in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit handelt. Dies entspricht – mit der oben bereits behandelten zulässigen Erweiterung – der Definition des Verkäufers in Artikel 1 Abs. 2 Buchstabe c der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie.

Die §§ 474 ff. RE finden mithin keine Anwendung bei Kaufverträgen von Unternehmern oder Verbrauchern untereinander oder dann, wenn ein Verbraucher eine Sache an einen Unternehmer verkauft.

Der sachliche Anwendungsbereich der nachfolgenden Vorschriften betrifft nur den Kauf beweglicher Sachen. Es entspricht Artikel 1 Abs. 2 Buchstabe b der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, dass der Kauf von Grundstücken nicht geregelt werden soll. Allerdings enthält diese Bestimmung einige Ausnahmen vom Begriff der Verbrauchsgüter: Sachen, die auf Grund von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen oder anderen gerichtlichen Maßnahmen verkauft werden, Wasser und Gas, sofern nicht in begrenztem Volumen oder bestimmter Menge abgefüllt, sowie Strom.

Für Sachen, die auf Grund von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen verkauft werden, braucht gesetzlich in § 474 RE keine Ausnahme vom Verbrauchsgüterbegriff vorgesehen zu werden. Hier schließt § 806 ZPO ohnehin die Gewährleistungsansprüche des Erwerbers aus, so dass die nachfolgenden Vorschriften für diesen Bereich keine Rolle spielen.

Im Übrigen müssen Sachen nach dem Sachbegriff des § 90 im Raum abgrenzbar sein, vor allem durch Fassung in einem Behältnis. Sachen sind daher z. B. nicht freie Luft und fließendes Wasser (Palandt/Heinrichs, § 90 Rdn. 1). Jedenfalls mit der Abfüllung in ein begrenztes Volumen oder in einer bestimmten Menge, die Artikel 1 Abs. 2 Buchstabe b der Richtlinie anspricht, werden Wasser und Gas zu (beweglichen) Sachen, so dass – der Richtlinie gemäß – die nachfolgenden Vorschriften anzuwenden sind.

Elektrizität ist nach dem Verständnis des Bürgerlichen Gesetzbuchs keine Sache und also - ebenso wie nach der Richtlinie – vom Anwendungsbereich der besonderen Vorschriften über den Verbrauchsgüterkauf ausgenommen.

Es bleibt daher insoweit bei den bisherigen Verordnungen über die Allgemeinen Bedingungen für die Versorgung von Tarifkunden mit Elektrizität, Gas und Wasser. Dies dürfte auch für die Verordnung über die Allgemeinen Bedingungen für die Versorgung von Tarifkunden mit Fernwärme gelten. Fernwärme ist zwar in der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie nicht ausdrücklich erwähnt, aber ein Aggregatzustand von Wasser.

Zu Absatz 2

§ 474 Abs. 1 RE spricht von einer „ergänzenden Anwendung“ der folgenden Vorschriften. Für den Verbrauchsgüterkauf gelten deshalb zunächst und vor allem die vorangehenden Untertitel 1 und 2 (§§ 433 bis 473 RE). § 474 Abs. 2 RE macht hiervon eine Ausnahme. Die Vorschrift des § 446 RE, die den Gefahrübergang beim Versendungskauf betrifft, soll auf Verbrauchsgüterkaufverträge keine Anwendung finden.

Nach § 446 RE (dem bisherigen § 447) geht die Gefahr beim Versendungskauf bereits dann auf den Käufer über, wenn der Verkäufer die Sache der Transportperson übergibt. § 474 Abs. 2 RE hat zur Folge, dass der in § 445 RE niedergelegte Grundsatz (Gefahrübergang mit Übergabe bzw. Annahmeverzug) künftig auch dann gilt, wenn der Verkäufer die Sache an den Käufer versandt und sie zu diesem Zweck einem Spediteur oder Frachtführer übergeben hat. Das bedeutet, dass auch in diesem Fall die Gefahr erst dann auf den Käufer übergeht, wenn er den Besitz an der Sache erlangt hat.

Für dieses Ergebnis spricht zunächst die grundsätzliche Erwägung, dass das Risiko des zufälligen Untergangs oder der zufälligen Verschlechterung der Ware von der Vertragspartei getragen werden sollte, die eher als die andere imstande ist, dieses Risiko abzuwenden oder zu verringern oder Vorsorge gegen die Schadensfolgen eines Untergangs oder einer Verschlechterung der Ware zu treffen. Das ist regelmäßig der Verkäufer, weil er über die Art und den Weg der Beförderung entscheiden, den Beförderer auswählen und die Ware auf Grund seiner Vertragsbeziehungen zu ihm noch während ihrer Beförderung umdisponieren kann. Vor allem ist der Verkäufer besser als der Käufer in der Lage, das Beförderungsrisiko in dem nach Sachlage gebotenen Umfang unter Versicherungsschutz zu bringen. Das Auseinanderfallen von demjenigen, der vertragliche Ansprüche wegen einer Beschädigung der Sache beim Transport hat (Verkäufer), und demjenigen, der aus einer solchen Beschädigung den Schaden erleidet, weil er die Gefahr trägt (Käufer), hat zu im Bürgerlichen Gesetzbuch nicht vorgesehenen dogmatischen Konstruktionen Anlass gegeben, da sich diese Fälle mit den Mitteln des geltenden Rechts nicht zufriedenstellend lösen lassen (sog. „Schadensliquidation im Drittinteresse“). Wenn die aufgeworfenen Probleme mit dem durch das Transportrechtsreformgesetz vom 25. Juni 1998 (BGBl. I S. 1588) neugefassten § 421 Abs. 1 Satz 2 HGB auch entschärft sein dürften, sprechen doch die einer gewerblichen Beförderung zugrundeliegenden Vertragsbeziehungen dafür, dass die Sache auf Gefahr des Verkäufers reisen sollte. Dann besteht eine vertragliche Haftung auf Schadensersatz in dem Verhältnis, in dem ein Vertrag geschlossen wurde, nämlich im Verhältnis Verkäufer - Transportperson.

Soweit es um den Kauf durch einen Verbraucher geht, entspricht es heute auch der Verkehrsauffassung, dass die Ware im Falle ihrer Versendung auf Gefahr des Verkäufers reist. Wer als Privatmann zur Lieferung in seine Wohnung Waren bei einem Versandhändler oder Möbel in einem Kaufhaus kauft, geht davon aus, dass er den Kaufpreis nur dann zu bezahlen braucht, wenn die Ware bei ihm eingetroffen ist. Diese Auffassung wird auch von den Verkäufern geteilt, weil es in den genannten Fällen praktisch nicht vorkommt, dass der Verkäufer auf Bezahlung der unterwegs verlorengegangenen oder beschädigten Ware beharrt und dem Käufer gemäß dem bisherigen § 281 (jetzt § 285 RE) lediglich die Ansprüche ab-

tritt, die ihm gegen seinen Versicherer oder auf Grund der sog. Drittschadensliquidation gegen den Beförderer zustehen.

Die Einschränkung des Anwendungsbereichs des § 446 RE hat auch den weiteren Vorteil, dass bei einer großen Zahl von Versendungskäufen eine Reihe von Streitfragen gegenstandslos werden, die sich an die Auslegung dieser Vorschrift knüpfen. Sie betreffen etwa die Frage, ob die Bestimmung nur im Falle der Versendung durch selbständige Dritte oder auch bei der Versendung durch eigene Leute des Verkäufers anzuwenden ist und ob die Vorschrift auch den Fall der Versendung innerhalb derselben politischen Gemeinde und ferner den Fall erfasst, in dem die Ware von einem Ort aus versandt worden ist, der nicht der Erfüllungsort (oder ein anderer vereinbarter Ort) ist. Schließlich wird auch Streit darüber vermieden, ob die Ware im Einzelfall als „auf Verlangen des Käufers" versandt anzusehen ist, ob sie schon vor der Aushändigung an die Transportperson mangelhaft war oder sich erst danach „verschlechtert" hat und ob der Untergang oder die Verschlechterung der Ware während ihrer Beförderung auf einem Zufall oder auf einem Verschulden des Verkäufers beruht. Gerade die Notwendigkeit eines besonderen Verlangens des Käufers auf Versendung belegt, dass § 446 RE jedenfalls bei dem Kauf durch einen Verbraucher der Rechtswirklichkeit kaum noch entspricht. In den weitaus meisten Fällen, die beim Verbrauchsgüterkauf im täglichen Leben unter den bisherigen § 447 gefasst werden, ist ein Verkäufer beteiligt, der ausschließlich als Versandhändler tätig ist, ohne eine Möglichkeit für den Käufer vorzusehen, die gekaufte Sache selbst abzuholen. In diesen Fällen des Versandhandels bleibt dem Käufer gar nichts anderes übrig, als den Versand durch den Verkäufer hinzunehmen. Das besondere „Verlangen des Käufers", das die Grundlage für einen vorzeitigen Gefahrübergang bildet, bleibt in diesen Fällen nicht selten reine Fiktion. Gerade dieser Gesichtspunkt zeigt, dass jedenfalls Verbrauchsgüterkaufverträge von dem Anwendungsbereich des § 446 RE ausgenommen werden sollten.

Obwohl die soeben aufgeführten Bedenken gegen § 446 RE zum Teil grundsätzlicher Art sind, wird doch für den Verkehr unter Unternehmern eine Beibehaltung der Vorschrift als zweckmäßig angesehen und entspricht auch internationalen Standards (vgl. Artikel 67 UN-Kaufrecht). Bei Verbrauchsgüterkaufverträgen kommen jedoch die aufgezeigten weiteren Gesichtspunkte hinzu, so dass jedenfalls insoweit § 446 RE nicht angewendet werden sollte.

Zu § 475 – Abweichende Vereinbarungen

Zu Absatz 1

Zu Satz 1

§ 475 RE dient der Umsetzung von Artikel 7 Abs. 1 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie. Danach sind die von der Richtlinie dem Verbraucher gewährten Rechte nicht zu dessen Nachteil abdingbar. Da die §§ 307 bis 309 RE (bisher §§ 9 bis 11 AGBG) nicht sämtliche Individualverträge mit Verbrauchern erfassen, bedürfen sie der Ergänzung. Diese Funktion übernimmt § 475 RE. Die in § 475 Abs. 1 Satz 1 RE in Bezug genommenen Vorschriften sind diejenigen des Kaufrechts, deren Inhalt durch die Umsetzung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie bestimmt ist.

§ 475 Abs. 1 Satz 1 RE übernimmt ausdrücklich die Einschränkung aus Artikel 7 Abs. 1 Satz 1 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, der zufolge nur vor Mitteilung des Mangels an den Verkäufer erfolgte Vereinbarungen betroffen sind. Damit werden insbesondere Vergleiche von dem Verbot abweichender Vereinbarungen nicht erfasst.

Zu Satz 2

Eine Ausnahme von dem absolut zwingenden Charakter der gesetzlichen Regelung der Käuferrechte macht § 475 Abs. 1 Satz 2 RE für den Schadensersatzanspruch. Dieser ist von der Richtlinie nicht erfasst. Insoweit soll – wie bisher – eine Kontrolle über die §§ 307 bis 309 RE ausreichen (bisher §§ 9 bis 11 AGBG). Das gilt auch für die sonstigen, in § 475 Abs. 1 Satz 1 RE nicht in Bezug genommenen Vorschriften des Kaufrechts, die von der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie nicht erfasst werden.

Zu Satz 3

§ 475 Abs. 1 Satz 3 RE betrifft mit einer in Verbraucherschutzgesetzen üblichen Formulierung die Umsetzung von Artikel 7 Abs. 1 Satz 1 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie insoweit, als die dem Verbraucher gewährten Rechte durch eine Vereinbarung auch nicht „mittelbar" außer Kraft gesetzt werden dürfen.

Zu Absatz 2

Absatz 2 dient der Umsetzung von Artikel 7 Abs. 1 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie insoweit, als dort die Verjährung der Mängelansprüche des Verbrauchers angesprochen ist. Artikel 5 Abs. 1 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie sieht eine Verjährungsfrist von nicht weniger als zwei Jahren ab dem Zeitpunkt der Lieferung vor. Durch Rechtsgeschäft darf mithin diese Verjährungsfrist bei einem Verbrauchsgüterkauf nicht unterschritten werden. Dem trägt Ab-

satz 2 Rechnung und bestimmt gleichzeitig, dass nicht nur eine ausdrückliche Verkürzung der Verjährungsfrist unwirksam ist, sondern auch sonstige Vereinbarungen über eine Erleichterung der Verjährung, wenn sie im Ergebnis eine kürzere Frist als zwei Jahre ab Lieferung der Kaufsache zur Folge haben. Das wäre zum Beispiel bei einer Vorverlegung des Verjährungsbeginns denkbar. Für gebrauchte Sachen enthält die Bestimmung eine Untergrenze von einem Jahr, die nicht unterschritten werden darf; dies lässt Artikel 7 Abs. 1 Satz 2 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie ausdrücklich zu. Diese Ausnahmeregelung gilt grundsätzlich auch beim Kauf von Tieren, insbesondere beim Kauf von Pferden und Schafen, für die bisher das Viehkaufrecht mit seiner kurzen Verjährungsfrist von 6 Wochen anzuwenden ist. Auch bei Tieren wird indessen ein Unterschied zwischen „neu“ und „gebraucht“ vorzunehmen sein. Das bedeutet, dass Tiere verjährungsrechtlich nicht generell wie gebrauchte Sachen behandelt werden können. Im bisherigen Recht spielt diese Unterscheidung bei der Anwendung von § 11 Nr. 10 AGBG eine Rolle. Der Entwurf will an der Rechtsprechung zu der Frage, unter welchen Voraussetzungen Tiere als „neu“ anzusehen sind, nichts ändern. So werden auch künftig und im Zusammenhang mit § 475 Abs. 2 RE etwa junge Haustiere oder lebende Fische als „neu“ angesehen werden müssen (vgl. BGH, NJW-RR 1986, 52: Forellen; LG Aschaffenburg, NJW 1990, 915: neun Wochen alte Hundewelpen).

Über die Mindestanforderungen der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie geht Absatz 2 insoweit hinaus, als nicht nur die Ansprüche des Verbrauchers, die ihm die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie bei Mangelhaftigkeit der Kaufsache gewährt, betroffen sind. Die Richtlinie regelt zwar die Ansprüche auf Nacherfüllung, auf Minderung des Kaufpreises und Rückgängigmachung des Kaufvertrags, nicht aber den Schadensersatzanspruch des Käufers einer mangelhaften Sache. Auch auf letzteren bezieht sich aber Absatz 2 durch die Bezugnahme auf den gesamten § 437 RE. Die Gewährleistungsrechte des Käufers sollten hinsichtlich der Verjährung einheitlich behandelt werden; Gründe für eine Differenzierung bei der Zulässigkeit von verjährungserleichternden Vereinbarungen sind nicht ersichtlich.

Zu § 476 - Beweislastumkehr

Die Vorschrift übernimmt die Vermutung aus Artikel 5 Abs. 3 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie. Es handelt sich um eine Umkehr der Beweislast zugunsten des Verbrauchers hinsichtlich der Mängel, die innerhalb von sechs Monaten nach der Lieferung offenbar werden. Nach allgemeinen Beweislastgrundsätzen, die bei Lieferung einer mangelhaften Sache – wie erwähnt – aus § 363 hergeleitet werden, muss der Käufer die Voraussetzungen seines Gewährleistungsanspruchs behaupten und beweisen. Dazu gehört auch, dass der Mangel bei

Gefahrübergang vorhanden war und nicht erst später infolge des anschließenden (übermäßigen) Gebrauchs der Sache durch den Käufer entstanden ist.

In diesem Zusammenhang stellt Artikel 3 Abs. 1 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie zwar für den Zeitpunkt der Vertragswidrigkeit auf die Lieferung ab. Die Mitgliedstaaten müssen wegen der Bezugnahmen auf den Zeitpunkt der Lieferung in der Richtlinie ihre Vorschriften über den Gefahrübergang nicht ändern, wie Erwägungsgrund (14) klarstellt. Demgemäss stellt § 434 Abs. 1 RE wie das bisherige Recht auch ausdrücklich auf den Gefahrübergang als maßgeblichen Zeitpunkt zur Beurteilung der Mangelfreiheit der Sache ab. Ein anderer Zeitpunkt kommt aus Sachgründen auch gar nicht in Betracht, wie in der Begründung zu § 434 RE näher ausgeführt ist. In aller Regel wird es sich dabei ohnehin um den Zeitpunkt der Lieferung der Sache handeln, da gemäß § 445 Satz 1 RE die Gefahr des zufälligen Untergangs und der zufälligen Verschlechterung mit der Übergabe der Sache auf den Käufer übergeht. Nur in den Fällen des § 445 Satz 3 RE, der den Annahmeverzug der Übergabe gleichstellt, ist das anders. Mit dem Annahmeverzug überträgt das Gesetz dem Käufer die Verantwortung für die Sache, obwohl eine Übergabe noch nicht stattgefunden hat. Dann kann dieser Zeitpunkt aber auch im Zusammenhang der Beweislastumkehr des § 474 RE für den Beginn der sechsmonatigen Frist nicht ohne Bedeutung sein. Andernfalls könnte der Käufer durch seinen Annahmeverzug den Beginn der Frist zum Nachteil des Verkäufers beliebig hinauszögern.

Mit den Vorgaben der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie steht die Regelung in § 474 RE in Einklang. Die Richtlinie regelt nämlich die Folgen des Annahmeverzugs des Käufers nicht, sondern überlässt dies den Mitgliedstaaten.

Da Grundlage der Vorschrift die schlechteren Beweismöglichkeiten des Verbrauchers und die – jedenfalls in engem zeitlichen Zusammenhang mit der Übergabe – ungleich besseren Erkenntnismöglichkeiten des Unternehmers sind und sie daher einen spezifisch verbraucherschützenden Charakter hat, empfiehlt es sich nicht, sie in die allgemeinen Vorschriften des Kaufrechts einzustellen, sondern ihren Anwendungsbereich auf den Verbrauchsgüterkauf zu beschränken.

Die Vermutung gilt nach ihrem letzten Halbsatz nicht, wenn sie mit der Art der Sache oder der Art des Mangels nicht vereinbar ist. Ersteres betrifft vor allem gebrauchte Sachen, die auch von der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie erfasst werden. Bei gebrauchten Sachen besteht schon wegen des sehr unterschiedlichen Grades der Abnutzung kein entsprechender allgemeiner Erfahrungssatz. Mit der Art des Mangels wird die Vermutung zum Beispiel häufig bei

Tierkrankheiten unvereinbar sein, weil wegen der Ungewissheiten über den Zeitraum zwischen Infektion und Ausbruch der Krankheit nicht selten ungewiss bleiben wird, ob eine Ansteckung bereits vor oder erst nach Lieferung des Tieres an den Käufer erfolgt ist. Eine Vermutung dahin, dass der Mangel zu einem bestimmten Zeitpunkt vorgelegen hat, lässt sich dann nicht rechtfertigen. Das muss aber nicht unbedingt auch für andere Fehler eines Tieres gelten.

Zu § 477 – Sonderbestimmungen für Garantien

Vorbemerkung

Die Vorschrift regelt die inhaltlichen und formellen Anforderungen an eine von dem Hersteller, dem Verkäufer oder einem Dritten gegebene Garantie. Sie dient der Umsetzung von Artikel 6 Abs. 2, 3 und 5 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie. Von der Möglichkeit des Artikels 6 Abs. 4 der Richtlinie vorzuschreiben, dass die Garantie in einer oder mehreren Amtssprachen der Gemeinschaft abgefasst werden muss, soll kein Gebrauch gemacht werden. Dazu, dass die Garantie ihren Inhalt verständlich darstellen muss (Artikel 6 Abs. 2 der Richtlinie, § 477 Abs. 1 Satz 1 RE), gehört auch, dass sie in einer Sprache abgefasst ist, die für den Verbraucher verständlich ist. Das ist in Deutschland in der Regel die deutsche Sprache. Ist die Verständlichkeit in einer anderen Sprache ausnahmsweise gewährleistet, kann auch diese Sprache gewählt werden. Dies kann z. B. bei einfach gehaltenen Teilgarantien in englischer Sprache für PC der Fall sein. Ob das ausreicht, hängt entscheidend von den zu erwartenden Erkenntnismöglichkeiten des Adressatenkreises und dem Inhalt der Garantie ab. Insbesondere muss sichergestellt sein, dass alle Pflichtangaben nach § 477 Abs. 1 Satz 2 RE auch tatsächlich in einfacher und verständlicher Form vermittelt werden. Das kann ggf. auch durch die Verwendung zusätzlicher Mitteilungen in deutscher Sprache erreicht werden. Die Verwendung der deutschen Sprache zwingend vorzuschreiben, besteht ebenso wenig Veranlassung wie dafür, die Verwendung anderer Amtssprachen vorzusehen.

Artikel 6 Abs. 1 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie sieht vor, dass die Garantie den Garantiegeber zu den angegebenen Bedingungen binden muss. Diese Folge der Garantieerklärung muss auch außerhalb des Verbrauchsgüterkaufs gelten; sie ist deshalb in § 443 Abs. 1 RE in das für jedermann geltende Kaufrecht übernommen worden. Eine Aufnahme einer entsprechenden Regelung nur in die Vorschriften über den Verbrauchsgüterkauf könnte ansonsten zu dem Missverständnis verleiten, dass die Garantie bei sonstigen Kaufverträgen nicht verbindlich ist.

Im Übrigen regelt Artikel 6 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie in seinen Absätzen 2 und 3 Anforderungen an die inhaltliche und formelle Ausgestaltung der Garantieerklärung, die dem Schutz des Verbrauchers dienen. Dieser soll vor einer Irreführung durch unklar formulierte Garantiebedingungen geschützt werden. Das rechtfertigt es, die der Umsetzung dienende Vorschrift allein auf den Verbrauchsgüterkauf zu beziehen. Der geschäftlich erfahrene Unternehmer ist – soweit er überhaupt Adressat einer Garantieerklärung ist – nicht in demselben Umfang schutzwürdig wie ein Verbraucher.

Zu Absatz 1

Zu Satz 1

Satz 1 schreibt vor, dass die Garantie gemäß § 443 RE einfach und verständlich abgefasst sein muss. Das greift die Anforderung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie in Artikel 6 Abs. 2 Spiegelstrich 2 auf. Wenn danach der Inhalt der Garantie in einfache und verständliche Formulierungen gefasst sein muss, so sollte dies indes den gesamten Inhalt der Garantieerklärung betreffen, auch den nach Artikel 6 Abs. 2 Spiegelstrich 1 vorgesehenen Hinweis auf die unberührt bleibenden gesetzlichen Rechte des Verbrauchers als Käufer. Deshalb stellt Absatz 1 Satz 1 diesen Grundsatz an den Beginn der Vorschrift. Die Folge einer unklaren Fassung kann die Anwendung der Unklarheitenregel (§ 305c Abs. 2 RE) oder des neu in das Gesetz aufgenommenen Transparenzgebots (§ 307 Abs. 2 Nr. 3 RE) sein. Im Ergebnis würde ein unklare Garantie zugunsten des Verbrauchers ausgelegt werden.

Zu Satz 2

Satz 2 dient der Umsetzung von Artikel 6 Abs. 2 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie im Übrigen. Nach Nummer 1 muss die Garantie einen Hinweis auf die gesetzlichen Rechte des Verbrauchers sowie darauf enthalten, dass diese Rechte durch die Garantie nicht eingeschränkt werden. Der Verbraucher soll dadurch klar erkennen können, dass die Garantie ein zusätzliches Leistungsversprechen enthält, das über die gesetzlichen Rechte hinausgeht, diese aber nicht ersetzt. Damit wird vermieden, dass der Verbraucher wegen einer unklaren Fassung der Garantieerklärung davon abgehalten wird, die ihm zustehenden gesetzlichen Rechte geltend zu machen. Die wesentlichen, in § 475 Abs. 1 Satz 1 RE aufgeführten gesetzlichen Rechte können ohnehin nicht vertraglich ausgeschlossen werden. Aber auch im Übrigen darf nicht der Eindruck erweckt werden, als führe bereits die Gewährung einer Garantie zu einer Ersetzung des gesetzlichen Haftungssystems durch ein vertragliches Leistungsversprechen.

Nach Nummer 2 muss für den Verbraucher verständlich (Satz 1) aus der Garantieerklärung erkennbar sein, was ihm inhaltlich für welchen Garantiefall an zusätzlichen Rechten eingeräumt werden. Wegen der Vielzahl von denkbaren Garantieinhalten kann es insoweit nur auf die Erklärung des Garantiegebers im jeweiligen Einzelfall ankommen. Die Garantie entzieht sich deshalb auch – wie bereits zu § 443 RE ausgeführt – einer inhaltlichen Regelung durch den Gesetzgeber. Nummer 2 dient vor diesem Hintergrund dazu, eine Irreführung des Verbrauchers zu vermeiden.

Erforderlich sind neben einer Umschreibung der Garantierechte auch Angaben, die für ihre Geltendmachung erforderlich sind. Beispiele dafür nennt Nummer 2 a. E.: Dauer und räumlicher Geltungsbereich, Name und Anschrift des Garantiegebers.

Zu Absatz 2

Absatz 2 entspricht Artikel 6 Abs. 3 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie. Danach ist dem Verbraucher auf dessen Wunsch die Garantie in schriftlicher Form oder auf einem anderen dauerhaften Datenträger zur Verfügung zu stellen. Der Begriff des dauerhaften Datenträgers ist in § 360 RE definiert. In der Praxis wird ohnehin bereits jetzt in aller Regel eine schriftliche Garantieurkunde zusammen mit der Kaufsache ausgehändigt.

Zu Absatz 3

Nach Absatz 3, der Artikel 6 Abs. 5 der Richtlinie entspricht, hat die Nichteinhaltung einer der Anforderungen der Absätze 1 und 2 nicht die Folge, dass die Garantieverpflichtung unwirksam ist. Andernfalls wäre der Verbraucher in unangemessener Weise schlechter gestellt allein dadurch, dass der Unternehmer seinen Verpflichtungen bei Erteilung der Garantie nicht oder nur unzureichend nachkommt. Der Schutz des Verbrauchers gebietet es vielmehr, letzterem die Rechte aus der Garantie auch dann zu geben, wenn die Garantiebedingungen unklar oder missverständlich formuliert oder nur mündlich mitgeteilt werden. Es mag dann im Einzelfall zu Unklarheiten bei dem Verbraucher bzw. zu Beweisschwierigkeiten über den Inhalt der Garantie kommen, denen durch die Absätze 1 und 2 gerade vorgebeugt werden soll. Das rechtfertigt aber nicht, die Nichtigkeit der Garantieverpflichtung anzunehmen, weil dadurch der Verbraucher, dessen Schutz die Bestimmungen in erster Linie dienen, rechtlos gestellt wäre.

Das schließt nicht aus, dass der Käufer bei einem Verstoß die Verletzung von Schutz- und Aufklärungspflichten und gemäß §§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2, 280 RE Ansprüche geltend macht. Diese können unter allerdings extremen Umständen zu einer Rückabwicklung des Vertrags führen. Voraussetzung hierfür wäre allerdings, dass die fehlerhafte Unterrichtung über die Garantie ursächlich für den Abschluss des Vertrags war.

Allerdings kommt ein Verstoß gegen das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) unter zwei Gesichtspunkten in Betracht: Zum einen können unklare und missverständliche Garantiebedingungen zum Zwecke irreführender Werbung im Sinne des § 3 UWG eingesetzt werden. Dass auch Garantiezusagen unter diese Vorschrift fallen können, ist seit langem anerkannt (Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, § 3 UWG Rdn. 153). Zum anderen kommt ein Verstoß gegen die Generalklausel des § 1 UWG unter dem Gesichtspunkt des Rechtsbruchs in Betracht. Allerdings ist nicht jede Wettbewerbshandlung, die einen Verstoß gegen eine gesetzliche Vorschrift darstellt, schon allein aus diesem Grund sittenwidrig im Sinne des § 1 UWG. Vielmehr muss sich der Verstoß auch auf den Wettbewerb auswirken (Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, § 1 UWG Rdn. 610 f.). Der Schutz des Wettbewerbs ist zwar nicht primäre Zielrichtung der Vorschrift. Vielmehr geht es um den Schutz des Verbrauchers vor ungenauen Garantiebedingungen und die damit mögliche Ungewissheit über die Rechte bei Lieferung einer mangelhaften Kaufsache. Hiermit werden jedoch regelmäßig Auswirkungen auf den Wettbewerb verbunden und von dem Garantiegeber auch beabsichtigt sein, stellt die Garantie gegenüber dem Verbraucher doch ein nicht unerhebliches Werbeargument dar.

Außerdem begründet ein Verstoß gegen § 477 RE für sich genommen und unabhängig von einem Verstoß gegen § 1 UWG schon einen Unterlassungsanspruch nach § 2 des neuen Unterlassungsklagengesetzes (früher § 22 Abs. 1 AGBG).

Zu § 478 – Rückgriff des Unternehmers

Vorbemerkung

§ 478 dient der Umsetzung von Artikel 4 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie. Danach muss der wegen der Mangelhaftigkeit der verkauften Sache von einem Verbraucher in Anspruch genommene Letztverkäufer einen Rückgriffsanspruch gegen einen oder mehrere Glieder der Vertriebskette, also insbesondere Hersteller oder Großhändler, haben. Inhalt und Umfang dieses Anspruchs gibt die Richtlinie nicht vor, sondern überlässt die Regelung insoweit den Mitgliedstaaten. Aus Artikel 4 Satz 1 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie ist aber eindeutig ab-

zuleiten, dass das nationale Recht überhaupt eine Möglichkeit für den Letztverkäufer vorsehen muss, Rückgriff zu nehmen. Damit soll verhindert werden, dass der Einzelhändler allein die Nachteile eines verbesserten Verbraucherschutzes auch dann zu tragen hat, wenn der Grund für seine Haftung, nämlich der Mangel der Sache, nicht in seinem Bereich entstanden ist, sondern etwa – wie es in der Praxis die Regel sein wird – auf einen Fehler im Herstellungsprozess zurückzuführen ist. Es ist erwogen worden, auf eine besondere Regelung zu verzichten. Dies würde aber zur Folge haben, dass der Unternehmer praktisch keinen ausreichenden Rückgriff hat. Das gilt jedenfalls dann, wenn die Verjährungsfrist für Sachmängel bei 2 Jahren angesetzt wird. Die Schaffung einer Rückgriffsregelung ist allgemein gefordert worden (Roth in: Ernst/Zimmermann, S. 225 ff., 250 f.; Ernst/Gsell, ZIP 2000, 1410, 1421 f.; Westermann in: Schulze/Schulte-Nölke, S. 115, 138 und in: Grundmann/Medicus/Rolland, S. 250 ff., 277; Reinking, DAR 2001, 8, 15; Schmidt-Kessel, ÖJZ 2000, 668, 672 f.) und soll deshalb mit § 478 verwirklicht werden.

Dem § 478 RE liegt die Überlegung zugrunde, dass ein derartiger Rückgriff innerhalb der jeweiligen Vertragsbeziehungen vorgenommen werden sollte. Die Bestimmung verzichtet deshalb darauf, (gesetzliche) Ansprüche zwischen Personen zu begründen, die keinen Vertrag geschlossen haben. Ein unmittelbarer Anspruch des Letztverkäufers gegen den Hersteller ist daher durch die Vorschrift jedenfalls dann nicht begründet, wenn bei dem Vertrieb der mangelhaften Sache eine unmittelbare vertragliche Beziehung zwischen beiden nicht besteht, der Letztverkäufer die Sache also etwa von einem Großhändler bezogen hat. Hintergrund dieser Lösung ist, dass ein gesetzlicher Anspruch außerhalb der Vertragsbeziehungen der Lieferkette eine vertragliche Regelung des Rückgriffsanspruchs unmöglich machen würde. Parteien, die keinen Vertrag über die Lieferung geschlossen haben, können die Rückgriffsbeziehung als „Annex“ auch nicht vertraglich gestalten. Es erscheint aber angesichts der Vielfalt der Vertriebsformen und der unterschiedlichen zugrundeliegenden vertraglichen Beziehungen unter den beteiligten Kaufleuten sinnvoll, vertragliche Vereinbarungen zur Gestaltung der Rückgriffsansprüche zuzulassen – wenn auch mit der Einschränkung, die sich aus § 478 Abs. 5 RE ergibt.

Zu Absatz 1

Zu Satz 1

§ 478 Abs. 1 Satz 1 RE baut auf der Überlegung auf, dass der Letztverkäufer die Sache seinerseits von einem Dritten (Großhändler) gekauft hat. Ihm stehen deshalb die in § 437 RE bezeichneten Rechte und Ansprüche wie jedem anderen Käufer auch zu. Dem „Rückgriff“

des Letztverkäufers dienen deshalb in erster Linie seine eigenen kaufrechtlichen Rechte und Ansprüche. Satz 1 setzt dies voraus und begründet also keinen neuartigen Anspruch des Letztverkäufers, sondern enthält gewisse Erleichterungen zugunsten des Letztverkäufers bei der Geltendmachung der Rechte und Ansprüche aus § 437 RE.

Ausgangsvoraussetzung ist, dass der Letztverkäufer die mangelhafte Sache infolge des Mangels von dem Verbraucher im Rahmen der Nachlieferung (§ 439 Abs. 4 RE), nach Rücktritt des Verbrauchers oder nach Erfüllung eines Verlangens des Verbrauchers nach „großem Schadensersatz“ zurücknehmen musste. Ziel der Vorschrift ist es in dieser Situation, dass der Letztverkäufer die Sache möglichst problemlos an seinen Lieferanten „durchreichen“, also weitergeben kann. Zu diesem Zweck bestimmt Satz 1, dass es für die eigenen kaufrechtlichen Rechte und Ansprüche des Letztverkäufers einer sonst, also insbesondere nach § 323 Abs. 1 RE erforderlichen Fristsetzung nicht bedarf. Der Letztverkäufer kann also unmittelbar nach Rücknahme der mangelhaften Sache seinerseits von dem Kaufvertrag mit seinem Lieferanten zurücktreten, ohne diesem noch eine Gelegenheit zu einer in dieser Situation zumeist sinnlosen Nacherfüllung geben zu müssen.

Dabei enthält Satz 1 einige Einschränkungen: Maßgeblich ist, dass die Rücknahme der Sache durch den Letztverkäufer Folge der Mangelhaftigkeit ist. Wenn der Vertrag aus anderen Gründen, zum Beispiel wegen eines vertraglich vereinbarten Rücktrittsrechts oder wegen der Ausübung eines Widerrufsrechts des Verbrauchers rückabgewickelt wird, findet die Vorschrift keine Anwendung. Verdeutlicht wird dies auch durch die Voraussetzung, dass der Letztverkäufer die Sache zurücknehmen „musste“, die Rücknahme also Folge eines entsprechenden Anspruchs des Verbrauchers war. § 478 Absatz 1 Satz 1 RE gilt also nicht, wenn der Letztverkäufer die Sache etwa aus Kulanz zum Beispiel im Rahmen eines in der Praxis üblichen „Umtauschs“ zurückgenommen hat. Schließlich findet die Vorschrift nur auf „neu hergestellte“ Sachen Anwendung. Bei gebrauchten Sachen liegt in aller Regel keine geschlossene Vertriebskette vor, die Erleichterungen bei dem Rückgriff rechtfertigen könnte.

Da § 478 Abs. 1 Satz 1 RE selbst keine Anspruchsgrundlage darstellt, sondern nur Modifikationen der an anderer Stelle geregelten Ansprüche des Käufers wegen der Lieferung einer mangelhaften Sache enthält, müssen selbstverständlich für einen derartigen Rückgriffsanspruch die Voraussetzungen gegeben sein, die das Gesetz an anderer Stelle für die jeweiligen Ansprüche aufstellt. Voraussetzung ist für alle in § 437 RE bezeichneten Rechte und Ansprüche die Lieferung einer bei Gefahrübergang mangelhaften Sache durch den Verkäufer.

In diesem Zusammenhang kommt der einheitlichen Gestaltung des Mangelbegriffs in § 434 RE eine besondere Rolle zu. Der Rückgriff darf nämlich nicht daran scheitern, dass ein und derselbe Umstand im Verhältnis zu einem Verbraucher als Letztkäufer einen Mangel darstellt, während dies im Verhältnis von Unternehmern untereinander nicht der Fall ist. Etwas anderes kann (und muss) nur dann gelten, wenn besondere Vereinbarungen über die Beschaffenheit zugrunde liegen, die natürlich auch in den einzelnen Vertragsbeziehungen voneinander abweichen können. So kann zum Beispiel eine Waschmaschine, die einen Kratzer aufweist, von dem Hersteller unter Hinweis auf diesen Defekt mit einem entsprechenden Preisnachlass an einen Händler verkauft worden sein. Ein Mangel liegt wegen der entsprechenden Beschaffenheitsvereinbarung dann in diesem Verhältnis nicht vor. Verschweigt der Händler den Kratzer gegenüber seinem Kunden und verkauft die Maschine als einwandfrei weiter, so ist in diesem Vertragsverhältnis sehr wohl ein Mangel gegeben. Die Nachteile hieraus kann der Händler dann aber selbstverständlich nicht an den Hersteller weitergeben.

Schwieriger können die Fälle zu lösen sein, in denen ein Mangel nach Auslieferung einer Sache durch den Hersteller entsteht, diesem aber dennoch zugerechnet werden muss. Das kann der Fall sein bei Werbeaussagen, die – weil unzutreffend – nach § 434 Abs. 1 Satz 3 RE die Mangelhaftigkeit begründen, wenn sie erst nach der Auslieferung der Sache durch den Hersteller oder gar erst nach deren Weiterverkauf durch den Großhändler an den Einzelhändler erfolgen. In einem derartigen Fall verletzt der Hersteller aber eine Pflicht aus dem Vertrag mit seinem Abnehmer, weil er nicht zu dessen Lasten nachträglich einen Sachmangel herbeiführen darf. Er haftet deshalb dem Händler aus § 280 Abs. 1 RE. In den Schutzbereich dieses Vertrags sind auch weitere Händler in der Vertragskette einbezogen, zu deren Nachteil sich ein derartiges Verhalten des Herstellers auswirkt.

Zu Satz 2

Satz 2 bestimmt, dass § 476 RE, also die Beweiserleichterung zugunsten des Verbrauchers, entsprechende Anwendung findet. Damit sollen die Fälle erfasst werden, in denen sich der genaue Zeitpunkt der Mangelhaftigkeit nicht mehr nachweisen lässt. Dann kommt dem Verbraucher bei seinen Ansprüchen gegen den Letztverkäufer die Vermutung des § 476 RE zugute, wenn der Mangel sich innerhalb der ersten sechs Monate nach dem Gefahrübergang gezeigt hat. Der Letztverkäufer, der gegenüber dem Verbraucher diese Vermutung schon nicht hat entkräften können, könnte in aller Regel auch gegenüber seinem Lieferanten nicht den Nachweis erbringen, dass der Mangel schon bei Lieferung an ihn, den Letztverkäufer, vorlag. Deshalb muss in dem Umfang, in dem der Verbraucher von der Beweislastumkehr des § 476 RE profitiert, diese auch dem Letztverkäufer zugute kommen. Das wird dadurch

erreicht, dass § 478 Abs. 1 Satz 2 RE die entsprechende Anwendung des § 476 RE in der Weise vorsieht, dass die sechsmonatige Frist auch im Verhältnis des Letztverkäufers zu seinem Lieferanten erst mit dem Weiterverkauf der Sache an den Verbraucher beginnt. Diese Verlängerung der Vermutung des § 476 RE ist gerechtfertigt, weil es in § 478 Abs. 1 RE nur um neu hergestellte Sachen geht, so dass eine Benutzung der Sache durch den Letztverkäufer, die zur Mangelhaftigkeit geführt haben könnte, ausscheidet.

Zu Absatz 2

Zu Satz 1

Absatz 2 Satz 1 stellt im Unterschied zu Absatz 1 eine eigene Anspruchsgrundlage dar. Geregelt ist ein Anspruch des Letztverkäufers gegen seinen Lieferanten auf Ersatz der Aufwendungen, die er gegenüber dem Verbraucher gemäß § 439 Abs. 2 zu tragen hat. Dabei handelt es sich um die Aufwendungen für die Nacherfüllung. Diese Kosten hätte ohne den § 478 Abs. 2 Satz 1 RE regelmäßig der Letztverkäufer zu tragen. Bei einer Herstellergarantie oder beim Vertragshändlervertrag könnte man erwägen, ob der Händler vom Hersteller Ersatz seiner Nachbesserungs- oder Ersatzlieferungskosten nach den Grundätzen der Geschäftsbesorgung nach § 675 Abs. 1 i.V.m. § 670 verlangen kann (dazu: von Westphalen, DB 1999, 2553, 2555 ff.). Dies ist aber für den Nacherfüllungswand nach § 439 RE aus dem Vertrag zwischen Händler und Kunden kaum begründbar. Ersetzt verlangen könnte der Händler seinen Aufwand ansonsten von seinem Lieferanten nur im Rahmen eines Schadensersatzanspruchs, der aber verschuldensabhängig ist und deshalb nicht stets in Betracht kommt, durch Absatz 2 Satz 1 andererseits aber auch nicht berührt wird. Um auch bei fehlendem Verschulden des Lieferanten eine Weitergabe dieser Aufwendungen zu erreichen, bestimmt § 478 RE einen hierauf bezogenen, verschuldensunabhängigen Ersatzanspruch.

Zu ersetzen sind nur die Aufwendungen, die der Letztverkäufer gemäß § 439 Abs. 2 RE „zu tragen hatte“. Übernimmt der Letztverkäufer etwa zur Kundenpflege aus Kulanz darüber hinaus Kosten, die ihn an sich zur Verweigerung der Nacherfüllung gemäß § 439 Abs. 3 RE berechtigen würden, so kann er diese auch nicht nach § 478 Abs. 2 Satz 1 RE von seinem Lieferanten ersetzt verlangen.

Auch der Anspruch aus § 478 Abs. 2 Satz 1 RE setzt selbstverständlich voraus, dass der Mangel bereits bei Lieferung der Sache an den Letztverkäufer vorhanden war und nicht erst etwa durch falsche Lagerung bei diesem selbst entstanden ist. Im Unterschied zu Absatz 1 muss dies hier ausdrücklich ausgesprochen werden, weil Absatz 2 Satz 1 eine eigene An-

spruchsgrundlage mit eigenen Voraussetzungen enthält und nicht auf an anderer Stelle geregelte Ansprüche, die diese Voraussetzung bereits enthalten, Bezug nimmt. Aus denselben Gründen, die schon zu Absatz 1 ausgeführt wurden, enthält auch Absatz 2 eine Beschränkung auf neu hergestellte Sachen.

Zu Satz 2

Satz 2 ordnet eine entsprechende Anwendung des § 476 RE an. Dem liegen dieselben Erwägungen wie dem Absatz 1 Satz 2 zugrunde. Auf die Ausführungen hierzu kann deshalb Bezug genommen werden.

Zu Absatz 3

Absatz 3 dehnt die vorstehend erläuterten Grundsätze auf die auf die übrigen Verträge einer Lieferkette aus. Dadurch wird erreicht, dass die Nachteile aus der Mangelhaftigkeit einer Sache letztlich der zu tragen hat, in dessen Bereich der Mangel entstanden ist. Allerdings sollen hiervon nur Unternehmer betroffen sein, § 478 Abs. 3 RE letzter Halbsatz. Nur insoweit erscheint die Anwendung der auf die Bedürfnisse des Handels zugeschnittenen Absätze 1 und 2 gerechtfertigt. Allerdings werden die Fälle, in denen ein Verbraucher eine „neu hergestellte Sache“, also ohne sie zuvor auch nur kurz benutzt zu haben, weiterverkauft, ohnehin eher selten sein.

Zu Absatz 4

Die Kaufverträge zwischen dem Händler und dem Lieferanten sowie zwischen den anderen Gliedern der Lieferkette bis hin zum Hersteller sind Handelskäufe und unterliegen daher den diesbezüglichen besonderen Bestimmungen des Handelsgesetzbuchs. Zu diesen gehört auch § 377 HGB. Nach dieser Vorschrift hat der Handelskäufer die vom Handelsverkäufer abgelieferte Ware, soweit dies nach ordnungsgemäßem Geschäftsgang tunlich ist, unverzüglich nach Erhalt der Ware zu untersuchen und, wenn sich hierbei ein Mangel zeigt, diesen auch unverzüglich anzuzeigen. Entsprechendes gilt, wenn sich ein Mangel später zeigt. An dieser Pflicht soll sich nichts ändern. Denn im Zeitpunkt der Ablieferung der Ware steht deren weiteres Schicksal, insbesondere deren Weiterverkauf, noch nicht fest. Es ist deshalb sachgerecht, hier keine Unterscheidungen zwischen den verschiedenen Handelskäufen vorzunehmen und es hier generell bei der Rügepflicht zu belassen.

Dies gilt aber gewissermaßen nur für den „Hinweg“ der Ware vom Hersteller bis zum Händler. Für deren „Rückweg“ im Fall des Rückgriffs gilt die Vorschrift dagegen nicht. Dies ergibt sich aus dem neu gefassten § 378 HGB-RE. Während dieser bislang die Rügepflicht erweiterte, schränkt er sie jetzt ein. Er stellt sicher, dass der Händler seine Rückgriffsrechte nicht verliert, wenn er auf dem „Hinweg“ der Ware eine Rüge oder Anzeige unterlassen hat. Wegen der näheren Einzelheiten wird auf die Erläuterung dieser Vorschrift verwiesen.

Zu Absatz 5

Die Rückgriffsrechte sollen grundsätzlich dispositiv sein. Absatz 5 schränkt diese Abdingbarkeit der vorstehenden Absätze und des diese ergänzenden, die Verjährung betreffenden § 479 RE allerdings zum Schutze der meist schwächeren Händler ein. Da hier nur Ansprüche zwischen Unternehmern geregelt werden, wurde davon abgesehen, die Ansprüche im Rückgriffsverhältnis in vollem Umfang zwingend auszugestalten. Im unternehmerischen Bereich sollten vertragliche Vereinbarungen weiter möglich bleiben, damit den Besonderheiten der jeweiligen Situation angemessen Rechnung getragen werden kann. § 478 Abs. 5 RE will vor diesem Hintergrund allerdings verhindern, dass Vereinbarungen einseitig zu Lasten des Einzelhändlers ausfallen, etwa indem die soeben erläuterten Ansprüche vollständig ausgeschlossen werden oder die Verjährung der Ansprüche des Einzelhändlers einseitig unangemessen reduziert wird. Die Vorschrift versteht sich als Ergänzung und Erweiterung zu § 307 RE und bestimmt, dass entsprechende Klauseln nicht nur nach den für Allgemeine Geschäftsbedingungen geltenden Grundsätzen auf ihre Angemessenheit zu überprüfen sind, sondern ein gleichwertiger Ausgleich dem Rückgriffsgläubiger eingeräumt werden muss, zu dessen Nachteil von § 478 Abs. 1 bis 3 oder von § 479 RE abgewichen wird. Dabei sollen, um der Vielgestaltigkeit der Vertragsbeziehungen Rechnung zu tragen, keine ins Einzelne gehenden Vorgaben gemacht werden. Denkbar sind zum Beispiel pauschale Abrechnungssysteme, in denen zwar Einzelansprüche des Händlers aus § 478 Abs. 2 RE ausgeschlossen werden, die aber insgesamt auch den berechtigten Interessen des Handels Rechnung tragen.

Zu § 479 – Verjährung von Rückgriffsansprüchen

Zu Absatz 1

Absatz 1 enthält die Verjährungsfrist für die in § 478 Abs. 2 RE bestimmten Ansprüche. Dabei handelt es sich um die Ansprüche des Unternehmers gegen seinen Lieferanten auf Ersatz der Aufwendungen, die der Unternehmer im Verhältnis zu dem Verbraucher nach § 439 Abs. 2 zu tragen hatte. Erfasst sind auch die entsprechenden Ansprüche des Lieferanten

und der übrigen Käufer in der Lieferkette, wie sich aus der Anführung auch des § 478 Abs. 3 RE ergibt. Diese Ansprüche sollen nach § 479 Abs. 1 RE in zwei Jahren verjähren. Dies entspricht der allgemein in § 438 Abs. 1 Nr. 3 RE bestimmten Verjährungsfrist für die Mängelansprüche des Käufers. Da dort nur die Ansprüche auf Nacherfüllung, Schadensersatz und Ersatz vergeblicher Aufwendungen aus § 437 Nr. 1 und 3 RE erwähnt sind, bedarf es einer besonderen Vorschrift, die auch für die Verjährung der Aufwendungsersatzansprüche aus § 478 Abs. 2 und 3 RE eine eigene Frist bestimmt.

Die Frist beginnt mit der Ablieferung der Sache. Gemeint ist natürlich die Ablieferung durch den Lieferanten an den Unternehmer bzw. im Falle des § 478 Abs. 3 RE an den sonstigen Käufer innerhalb der Lieferkette. Das entspricht dem allgemein für die Verjährung von Mängelansprüchen in § 438 Abs. 2 RE für bewegliche Sachen, um die es hier wegen § 474 Abs.1 RE allein geht, bestimmten Zeitpunkt. Er muss hier besonders erwähnt werden, weil der Verjährungsbeginn sich sonst nach den allgemeinen Vorschriften richten würde und die Verjährung deshalb gemäß § 200 Satz 1 RE erst mit der Fälligkeit des Aufwendungsersatzanspruchs, also mit dem Anfall der zu ersetzenden Aufwendungen, beginnen würde. Dadurch würde der Aufwendungsersatzanspruch aber hinsichtlich der Verjährung erheblich besser behandelt als die eigentlich im Vordergrund stehenden Mängelansprüche aus § 437 Nr. 1 und 3 RE. Um dieses nicht zu rechtfertigende Ergebnis zu vermeiden, knüpft § 479 Abs. 1 RE für den Verjährungsbeginn ebenso wie § 438 Abs. 2 RE an die Ablieferung an. Damit wird ein Gleichlauf bei der Verjährung sämtlicher vertraglicher Ansprüche erreicht, die aus der Lieferung einer mangelhaften Sache folgen.

Zu Absatz 2

Zu Satz 1

§ 479 Abs. 2 Satz 1 RE enthält eine Ablaufhemmung für die Verjährung der in den §§ 437 und 478 Abs. 2 bestimmten Ansprüche. Damit wird eine notwendige Ergänzung zu den Rückgriffsansprüchen aus § 478 RE geschaffen. Die Verjährung der in den § 437 und 478 Abs. 2 geregelten Ansprüche beginnt – wie soeben ausgeführt – einheitlich mit der Ablieferung der Sache in dem jeweiligen Vertragsverhältnis. Diese kann – insbesondere bei einem frühen Glied der Lieferkette –erheblich früher liegen als die Ablieferung an den Verbraucher. So kann es zum Beispiel vorkommen, dass der Verbraucher erst deutlich nach Ablauf der zwei Jahre im Verhältnis Hersteller - Großhändler seine Mängelansprüche gegenüber seinem Verkäufer geltend macht. Um einen effektiven Rückgriff zu erzielen, den Artikel 4 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie erfordert, ist es aber notwendig, Vorkehrungen dagegen zu

treffen, dass in einer nennenswerten Anzahl der Fälle die Rückgriffsansprüche bereits verjährt sind, wenn der jeweilige Gläubiger zum ersten Mal von der Mangelhaftigkeit der Sache erfährt.

§ 479 Abs. 2 Satz 1 RE sieht deshalb vor, dass die Verjährung, deren Frist nach § 479 Abs. 1 RE bzw. § 438 Abs. 1 Nr. 3 RE zwei Jahre beträgt, nicht vor Ablauf von zwei Monaten nach dem Zeitpunkt eintritt, in dem der Unternehmer die Ansprüche des Verbrauchers erfüllt hat. Hat also der Unternehmer zum Beispiel die Sache vor ihrem Weiterverkauf an einen Verbraucher sechs Monate bei sich eingelagert und wendet sich der Verbraucher erst kurz vor Ablauf der zweijährigen Verjährungsfrist an den Unternehmer, so wären die Ansprüche des Unternehmers gegen den Lieferanten an sich bereits verjährt, weil bereits mehr als zwei Jahre nach dem Kauf der Sache durch den Unternehmer verstrichen sind. § 479 Abs. 2 Satz 1 RE verhindert aber den Eintritt der Verjährung; der Unternehmer hat jetzt noch zwei Monate nach Erfüllung der Ansprüche des Verbrauchers Zeit, um seine Rückgriffsansprüche gegen den Lieferanten geltend zu machen.

Zu Satz 2

Die Regelung des Satzes 1 kann insbesondere für den Hersteller, aber auch für andere Glieder einer Vertriebskette, zu misslichen Folgen führen. Sie wissen häufig nicht genau, wieviel Zeit verstreicht, bis die Sache zu dem Verbraucher gelangt. Nach Satz 1 könnte es aber bei entsprechend langen Lagerzeiten bei Groß- oder Einzelhändlern vorkommen, dass der Hersteller im Wege des Rückgriffs noch weit über zwei Jahre nach dem Zeitpunkt hinaus, in dem er die Sache seinem Käufer (Großhändler) abgeliefert hat, in Anspruch genommen wird. Um dieses Risiko im Interesse einer unternehmerischen Kalkulierbarkeit zu begrenzen, sieht § 479 Abs. 2 Satz 2 RE eine Obergrenze für die Ablaufhemmung vor. Spätestens fünf Jahre nach der Ablieferung der Sache durch den Lieferanten an den Unternehmer endet die in § 479 Abs. 2 Satz 1 RE geregelte Ablaufhemmung. Wenn nicht andere Gründe, zum Beispiel die Hemmung durch ein gerichtliches Verfahren, entgegenstehen, tritt also in diesem Zeitpunkt die Verjährung ein, auch wenn später noch Aufwendungen des Unternehmers gegenüber dem Verbraucher entstehen. Das belastet den Händler nicht unangemessen, weil er die Lagerzeiten bei sich beeinflussen und so im eigenen Interesse einen zu späten Weiterverkauf der Sache vermeiden kann. Es entspricht ohnehin der neueren Entwicklung, die Lagerzeiten im Handel zu reduzieren.

Zu Satz 3

Satz 3 dehnt die soeben beschriebenen Grundsätze für die Verjährung auf die anderen Vertragsverhältnisse in der Lieferkette aus, wie dies schon § 478 Abs. 3 RE für die Anspruchsbegründung vorsieht.

Zu Untertitel 4 - § 480 - Tausch

Der bisherige Untertitel 4 bleibt bestehen, wird aber – bedingt durch die neue Paragraphenfolge – verschoben. § 480 als einzige Vorschrift dieses Untertitels entspricht wörtlich dem bisherigen § 515.

Vorbemerkung vor den Titeln 2 und 3

Das Verbraucherkreditgesetz und das Teilzeit-Wohnrechtegesetz sollen nach dem Kauf als eigene Titel in den besonderen Teil des Schuldrechts integriert werden. Dieser Standort entspricht dem Umstand, dass beide Gesetze **vertragstypenorientiert** sind und damit – anders als das bisherige Haustürwiderrufsgesetz und Fernabsatzgesetz – bereits jetzt als Teil des Besonderen Schuldrecht anzusehen sind.

Da die im Teilzeit-Wohnrechtegesetz geregelten Verträge ihrem Schwerpunkt nach als Rechtskauf im Sinne des bisherigen § 437 anzusehen sind, die durch die Übertragung des betreffenden Wohnrechts und die Erfüllung des Kaufpreises erfüllt werden (Palandt/Putzo, § 1 TzWrG, Rdn. 1) soll das bisherige Teilzeit-Wohnrechtegesetz als Titel 2 nach den Vorschriften über den Kauf eingestellt werden. Dabei wird nicht verkannt, dass es unterschiedliche Ausgestaltungsformen des „verkauften“ Wohnrechts gibt. Dieses kann schuldrechtlich, und dabei nicht nur kauf-, sondern auch mietrechtlich, gesellschaftsrechtlich, dinglich oder auch als Treuhandmodell ausgestaltet werden (Palandt/Putzo, aaO Rdn. 2). Das ändert freilich nichts daran, dass das Grundmodell der Erwerb eines Wohnrechts für mindestens drei Jahre gegen Zahlung eines Gesamtpreises ist und dass dieses seiner Rechtsnatur nach einen Rechtskauf darstellt. Dies wird mit dem Standort nach dem Kauf verdeutlicht; Konsequenzen für die derzeit übliche Vertragsgestaltung in den unterschiedlichen Vertragstypen folgen daraus nicht. Für die Integration der Teilzeit-Wohnrechteverträge in das Bürgerliche Gesetzbuch spricht neben dem bereits ausgeführten Systematisierungs- und Gesamtkodifizierungsgedanken insbesondere auch der Umstand, dass es sich dabei um eine äußerst komplexe und für den Verbraucher ohnehin kaum überschaubare Materie handelt. Dies wird durch die Regelung in einem Sondergesetz noch verstärkt. Denn dies erschwert dem Verbraucher bereits das Finden der gesetzlichen Regelung. Zudem besteht durch die Auslagerung die Gefahr, dass die Regelungen über Teilzeit-Wohnrechteverträge von den zivilrechtlichen Grundprinzipien abgekoppelt werden und sich so noch mehr zu einer Sonder-

materie entwickeln, die dem Verbraucher nicht mehr zugänglich ist. Dieser Entwicklung wird durch die Integration vorgebeugt.

Die Einfügung des Verbraucherkreditgesetzes in das bisherige Darlehensrecht versteht sich vor dem Hintergrund des systematischen Zusammenhangs der Regelungen eigentlich von selbst. So ist Artikel 8 der Verbraucherkreditrichtlinie 87/102/EWG bereits jetzt zum Teil in dem bisherigen § 609a Abs. 1 Nr. 2 umgesetzt. Hinzukommt, dass das derzeit in den bisherigen §§ 607 ff. im Bürgerlichen Gesetzbuch geregelte Darlehensrecht fragmentarisch und längst von der Rechtswirklichkeit überholt ist. Die bisherige Regelung basiert auf dem Gedanken des „Handdarlehens“, das heute eine Rarität ist. Den eigentlichen Darlehensvertrag regelt das Bürgerliche Gesetzbuch unter der Bezeichnung des Darlehensversprechens im bisherigen § 610 eher indirekt. Dieser Anachronismus soll mit den Vorschriften des neuen Titels 3, der die bisherigen Regelungen der §§ 607 ff. mit den Bestimmungen des bisherigen Verbraucherkreditgesetzes verbindet, beseitigt werden. Dort wird nunmehr das Gelddarlehen als Haupterscheinungsform des Darlehensvertrags in der Praxis geregelt. Das wesentlich seltenere Sachdarlehen wird von diesen Vorschriften getrennt und einer eigenständigen Regelung in den §§ 607 bis 609 RE, also am derzeitigen Standort im Bürgerlichen Gesetzbuch nach der Leihe zugeführt. Dieser Standort ist für das **Sach**darlehen adäquat, da es beim Sachdarlehen – wie bei der Leihe – um die Überlassung von Sachen geht. Beim Gelddarlehen geht es indessen in der Rechtswirklichkeit in erster Linie um die Verschaffung und Belassung einer Geldsumme in Form der Überweisung oder Einräumung eines Kreditrahmens, so dass insoweit die Nähe zur Leihe, die von der körperlichen Übergabe der Sache ausgeht, überholt ist.

Zu Titel 2 – Teilzeit-Wohnrechteverträge

Vorbemerkung

Mit dem Titel 2 wird das Teilzeit-Wohnrechtegesetz in das Bürgerliche Gesetzbuch integriert. Dabei finden die bisherigen §§ 1 bis 3, 5, 7 und 9 TzWrG in den §§ 481 ff. RE ihre Entsprechung. § 4 TzWrG findet Eingang in § 2 der Informationspflichtenverordnung, deren Grundlage Artikel 242 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche werden soll. Der bisherige § 6 TzWrG geht in § 358 RE auf, und der bisherige § 11 wird in Artikel 229 § 4 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche berücksichtigt.

Zu § 481 – Begriff des Teilzeit-Wohnrechtevertrags

§ 481 RE entspricht im Wesentlichen wörtlich dem bisherigen § 1 TzWrG. Die Einleitung der Vorschrift wird lediglich an ihre Stellung im Bürgerlichen Gesetzbuch angepasst. In die Vorschrift wird eine Kurzbezeichnung der Verträge eingefügt. Inhaltliche Änderungen ergeben sich nicht.

Zu § 482 - Prospektpflicht bei Teilzeit-Wohnrechteverträgen

§ 482 RE entspricht in seiner Funktion dem bisherigen § 2 TzWrG.

Absatz 1 entspricht dem bisherigen § 2 Abs. 1 Satz 1 TzWrG in verkürzter Form. Diese Verkürzung ist möglich durch die Definition des Verbrauchers und des Unternehmers in den §§ 13,14 und die Einführung des Kurzbegriffs der Teilzeit-Wohnrechteverträge in § 481 RE. Die bisherigen Sätze 2 bis 4 des geltenden § 2 Abs. 1 gehen in dem aus Vereinfachungsgründen geschaffenen § 483 RE über die Prospekt- und Vertragssprache auf.

Absatz 2 entspricht dem bisherigen § 2 Abs. 2 TzWrG. Statt der Verweisung auf eine dem bisherigen § 4 TzWrG entsprechende Vorschrift wird auf die Informationspflichtenverordnung nach Artikel 242 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuch verwiesen, in der der Informationspflichtenkatalog des bisherigen § 4 aufgeht.

Die Absätze 3 und 4 entsprechen wörtlich dem bisherigen § 2 Abs. 3 und 4 TzWrG.

Zu § 483 – Vertrags- und Prospektsprache bei Teilzeit-Wohnrechteverträgen

Absatz 1 entspricht den bisherigen § 2 Abs. 1 Satz 2 bis 4 und § 3 Abs. 1 Satz 2 bis 4 TzWrG, die – ohne inhaltliche Änderung – in sprachlich geraffter Form zusammengefasst werden.

Absatz 2 entspricht dem bisherigen § 3 Abs. 2 Satz 1 TzWrG.

Absatz 3 entspricht dem bisherigen § 3 Abs. 1 Satz 5 und Abs. 2 Satz 2 TzWrG, wonach bei Verstößen gegen die vorgeschriebene Vertragssprache § 125 entsprechende Anwendung finden soll. Aus Vereinfachungsgründen wird die Rechtsfolge des § 125, nämlich die Nichtigkeit des Vertrags, direkt in das Gesetz geschrieben. Inhaltlich ändert sich dadurch nichts.

Zu § 484 – Schriftform bei Teilzeit-Wohnrechteverträgen

Absatz 1 entspricht den bisherigen § 3 Abs. 1 Satz 1 und 2 und Abs. 3 TzWrG. Der Verweis auf § 125 kann entfallen, da sich dessen Geltung und die Rechtsfolge der Nichtigkeit bei einem Verstoß gegen die in § 484 Abs. 1 Satz 1 RE angeordnete Schriftform aus der Systematik des Gesetzes selbst ergibt.

Absatz 2 entspricht dem bisherigen § 3 Abs. 4 TzWrG.

Zu § 485 – Widerrufsrecht bei Teilzeit-Wohnrechteverträgen

§ 485 RE entspricht dem bisherigen § 5 TzWrG.

Absatz 1 entspricht wörtlich dem bisherigen § 5 Abs. 1. Lediglich die Verweisung auf § 355 RE wird abgepasst.

Absatz 2 entspricht wörtlich dem bisherigen § 5 Abs. 1 Satz 1 TzWrG. Auch hier werden lediglich die Verweisungen angepasst. Der bisherige § 5 Abs. 1 Satz 2 TzWrG entfällt, da nunmehr – wie oben ausgeführt – in § 355 Abs. 3 RE eine einheitliche Erlöschensfrist für den Fall der fehlenden oder nicht ordnungsgemäßen Widerrufsbelehrung geregelt ist.

Absatz 3 entspricht wörtlich – mit Ausnahme der wiederum angepassten Verweisungen – dem bisherigen § 5 Abs. 3 TzWrG.

Absatz 4 entspricht dem bisherigen § 5 Abs. 4 TzWrG. Es wird jetzt lediglich auf die sich aus der Informationspflichtenverordnung ergebenden erforderlichen Angaben verwiesen. Der bisherige letzte Halbsatz des § 5 Abs. 4 („spätestens jedoch ...“) kann wiederum wegen der Schaffung einer einheitlichen Frist in § 355 Abs. 3 RE entfallen.

Absatz 5 entspricht wörtlich dem bisherigen § 5 Abs. 5 TzWrG. Lediglich die Verweisung wird angepasst.

Zu § 486 – Anzahlungsverbot bei Teilzeit-Wohnrechteverträgen

§ 486 RE entspricht dem bisherigen § 7 TzWrG. Das Verbot wird dabei auf die gesamte Widerrufsfrist ausgedehnt. Es besteht nicht mehr nur in den ersten 10 Tagen, was auch bisher schon die Wirkungen des Verbots sehr beeinträchtigt hatte. Dieser Mangel wird beseitigt.

Zu § 487 – Abweichende Vereinbarungen

§ 487 RE entspricht dem bisherigen § 9 TzWrG. Der Wortlaut wird den Parallel-Bestimmungen in den §§ 312f, 506 und 655e RE angepasst.

Zu Titel 3 – Darlehensvertrag, Finanzierungshilfen und Ratenlieferungsverträge

Vorbemerkung

Das Darlehen ist in den bisherigen §§ 607 ff. – wie oben bereits ausgeführt - lediglich fragmentarisch geregelt und ist zwischenzeitlich von der Rechtswirklichkeit überholt. Der bisherige § 607 als Basisnorm des Darlehensrechts geht dabei noch von der historischen Vorstellung des Darlehens als Realvertrag aus. Nach dem bisherigen Gesetzeswortlaut entsteht die Verpflichtung des Darlehensnehmers zur Rückzahlung nämlich erst, wenn er die Summe empfangen hat. Erst mit der Übertragung des Geldes bzw. vertretbarer Sachen kommt mithin nach der jetzigen Gesetzesfassung der Darlehensvertrag zustande, den das Gesetz im Übrigen in der geltenden Fassung lediglich als einen den Darlehensnehmer einseitig verpflichtenden Vertrag ausgestaltet. Die Verpflichtungen des Darlehensgebers zur Überlassung und Verschaffung des Kapitals finden im bisherigen Gesetzestext keine Erwähnung. Den Anspruch des Darlehensnehmers auf Auszahlung des vereinbarten Darlehensbetrags entnahm die Rechtsprechung daher früher einem Vorvertrag. Von dieser Konstruktion gehen die Vertreter der sog. „Realvertragstheorie“ auch weiterhin aus. Die ganz überwiegende Meinung folgt freilich inzwischen der sog. „Konsensualvertragstheorie“, die das Darlehen als zweiseitig verpflichtenden Vertrag ansieht, der schon vor der Leistung des Darlehensgebers durch die Willenserklärungen der Vertragsparteien zustande kommt. Dies erspart den umständlichen Aufbau über einen Vorvertrag und entspricht im Übrigen der zeitgemäßen Ausgestaltung des Kreditvertrags im bisherigen Verbraucherkreditgesetz. Die Konsensualvertragstheorie spiegelt zwar die Rechtswirklichkeit wieder, ist freilich vom bisherigen Gesetzeswortlaut der §§ 607 ff. nicht gedeckt. Eine Änderung der gesetzlichen Regelung ist daher dringend erforderlich, zumal mit dem Verbraucherkreditgesetz für einen großen Teil des Darlehensrechts, namentlich den Verbraucherkreditverträgen, bereits eine zeitgemäße Kodifikation des Kreditrechts besteht, die als Grundlage für die Neugestaltung des Darlehensrechts geeignet ist, der freilich derzeit die systematische Verbindung zum Darlehensrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs fehlt. Dies hat dazu geführt, dass sich das Verbraucherkreditrecht zu einem ausgesprochenen Sonderrecht (vgl. MünchKomm/Westermann, vor § 607 Rdn. 1) entwickelt hat. Die Neuregelung des Darlehensrechts im Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, die die bisherigen §§ 607 ff. mit den Vorschriften des Verbraucherkreditgesetzes verbindet, dient

daher zwei Zielen: Es wird ein zeitgemäßes Darlehensvertragsrecht im Bürgerlichen Gesetzbuch geschaffen und zugleich der Gefahr vorgebeugt, dass sich das Verbraucherkreditrecht vom Darlehensvertragsrecht zwischen Unternehmern entfernt.

Die Neuregelung des Darlehensrechts und die Integration des Verbraucherkreditgesetzes sind wie folgt strukturiert:

- Der aus dem Verbraucherkreditgesetz bekannte Begriff des „Kredits", der als Oberbegriff für das Gelddarlehen, einen Zahlungsaufschub und sonstige Finanzierungshilfen diente, wird aufgegeben. Stattdessen werden die sich dahinter verbergenden unterschiedlichen Erscheinungsformen des Kredits, zu der nach der Begrifflichkeit des Verbraucherkreditgesetzes auch der Ratenlieferungsvertrag zählt, eigenständig geregelt. Der Titel 3 wird daher in die Untertitel Darlehensvertrag, Finanzierungshilfen und Ratenlieferungsverträge untergliedert:

  Im **Untertitel 1** wird die Haupterscheinungsform des Kredits, das Gelddarlehen, geregelt. Entsprechend der bisherigen Terminologie wird dabei am Begriff des „Darlehens" ohne den Zusatz des „Geld"-Darlehens festgehalten. Dies entspricht dem Umstand, dass der Begriff des „Darlehens" im Allgemeinen und auch im Fachsprachgebrauch ausschließlich als Gelddarlehen verstanden wird. Dagegen ist für die Bezeichnung des Sonderfalls der vom bisherigen § 607 ebenfalls erfassten Überlassung von vertretbaren Sachen der Begriff des „Sachdarlehens" üblich geworden. Dieser Begriff wird daher in den §§ 607 ff. RE, der das Sachdarlehen regelt, aufgenommen. Der Untertitel 1 umfasst neben den bisherigen §§ 607 ff. (jetzt §§ 488 bis 490 RE) die Vorschriften des bisherigen Verbraucherkreditgesetzes zum Verbraucherkredit in der Form des Darlehens (jetzt §§ 491 bis 498 RE). In Anlehnung an den Grundbegriff des Darlehens wird insoweit aus dem bisherigen Verbraucherkreditvertrag der „Verbraucherdarlehensvertrag".

  Im **Untertitel 2** sind die aus dem Verbraucherkreditgesetz bekannten Kreditformen des entgeltlichen Zahlungsaufschubs und der sonstigen Finanzierungshilfen, insbesondere die Teilzahlungsgeschäfte geregelt. Deren Regelung erfolgt dabei zum Teil durch bloße Verweisung auf die Vorschriften der §§ 491 bis 498 RE; für den Bereich der Teilzahlungsgeschäfte finden sich im Untertitel 2 aber auch besondere Bestimmungen, die bislang im Verbraucherkreditgesetz enthalten waren.

  Der **Untertitel 3** enthält die bislang in § 2 VerbrKrG geregelten Bestimmungen zu Ratenlieferungsverträgen.

Im **Untertitel 4** ist schließlich die Unabdingbarkeit der Vorschriften des bisherigen Verbraucherkreditgesetzes, die in den §§ 491 bis 505 RE aufgehen, geregelt.

- Die sich bislang im Verbraucherkreditgesetz befindlichen Regelungen zum Kreditvermittlungsvertrag werden systematisch richtig mit den Bestimmungen zum Maklerrecht verbunden und dort in einem Untertitel 2 „Darlehensvermittlungsvertrag“ in den §§ 655a bis 655e RE geregelt.

Mit der Integration des Verbraucherkreditgesetzes sind bis auf die seit langem überfällige Einführung einer Zinsschadenspauschale für grundpfandrechtlich gesicherte Darlehen in § 497 Abs. 1 RE keine inhaltlichen Änderungen verbunden. Auch die Neuregelung des Darlehensrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs entspricht inhaltlich bis auf einige wenige Ausnahmen der geltenden Rechtslage, wie sie sich durch die Rechtsprechung zum (fragmentarischen) Darlehensrecht entwickelt hat.

Zu Untertitel 1 – Darlehensvertrag

Zu § 488 – Vertragstypische Pflichten beim Darlehensvertrag

Zu Absatz 1

Absatz 1 lehnt sich an den bisherigen § 1 Abs. 2 VerbrKrG, soweit dort der Kredit in Form des Darlehens betroffen ist, an. Die dort sehr knapp gehaltene Definition wird an die Diktion des Bürgerlichen Gesetzbuchs angepasst, welche die besonderen Vertragstypen in der Weise beschreibt, dass die Hauptpflichten der Parteien herausgestellt werden. Der bisherige Sprachgebrauch, wonach „Darlehen“ sowohl das zur wirtschaftlichen Nutzung überlassene Kapital als auch den Darlehensvertrag meinte, wird dahingehend präzisiert, dass mit „Darlehen“ nunmehr lediglich noch der Geldbetrag gemeint ist, während der zugrundeliegende Vertrag immer Darlehensvertrag heißt.

Satz 1 beschreibt die Pflicht des Darlehensgebers zur Verschaffung und Belassung eines Geldbetrags in der vereinbarten Höhe. Aus dem unbestimmten Artikel „einen“ sowie aus der Formulierung „Geld**betrag**“ geht hervor, dass der Darlehensgeber nicht zur Überlassung bestimmter Geldscheine oder -münzen, sondern lediglich zur wertmäßigen Verschaffung des Geldbetrags verpflichtet ist. Mit der Formulierung „zur Verfügung stellen“ sollen die in der Rechtswirklichkeit vorkommenden unterschiedlichen Formen der Überlassung von Geld als

Darlehen erfasst werden: Darunter lassen sich sowohl die Übergabe von Bargeld als auch die Formen des bargeldlosen Verkehrs wie die Überweisung, die Gutschrift, die Gewährung eines Kontokorrentkredits und in dessen Rahmen die Einräumung eines Überziehungskredits verstehen.

Satz 2 regelt die Zinszahlungs- und Rückerstattungspflicht des Darlehensnehmers. Anders als die bisherigen §§ 607 und 608 geht die jetzige Regelung vom Regelfall der Entgeltlichkeit des Darlehensvertrags aus und führt daher die Zinspflicht des Darlehensnehmers in Satz 2 ausdrücklich auf. Dies entspricht den heutigen Realitäten, wonach ein Darlehen in aller Regel entgeltlich ist. Der unbestimmte Artikel „**einen** vereinbarten Zins" verdeutlicht indessen zugleich, dass es auch unentgeltliche Formen des Darlehens gibt. Die Rückerstattungspflicht des Darlehensnehmers bezieht sich auf das zur Verfügung gestellte „Darlehen". Mit dieser Formulierung soll zum einen der im Sprachgebrauch übliche Begriff des Darlehens aufgenommen und zugleich auf seine jetzt eingeschränkte Bedeutung des Darlehens**betrags** reduziert werden. Zum anderen wird mit der Formulierung „das zur Verfügung gestellte Darlehen zurückzuerstatten" verdeutlicht, dass der Darlehensnehmer nicht dieselben Geldscheine- oder münzen, sondern lediglich das Darlehen (= einen Geldbetrag in derselben Höhe) zurückzuerstatten hat.

Zu Absatz 2

Absatz 2 entspricht dem bisherigen § 608. Die Vorschrift geht allerdings davon aus, dass Zinsen vereinbart sind. Weitere Unterschiede ergeben sich nicht.

Zu Absatz 3

Absatz 3 Satz 1 entspricht wörtlich dem bisherigen § 609 Satz 1. Der Satz 2 bestimmt wie der bisherige § 609 Abs. 2 die ordentliche Kündigungsfrist für auf unbestimmte Zeit abgeschlossene Darlehensverträge. Der jetzige Satz 2 verzichtet allerdings auf die in der Praxis kaum relevante Unterscheidung zwischen der einmonatigen Kündigungsfrist für Darlehen bis zu 200 Euro und der dreimonatigen für Darlehen von mehr als 200 Euro und legt stattdessen eine generell geltende ordentliche Kündigungsfrist von drei Monaten, die freilich dispositiv ist, fest. Satz 3 entspricht dem bisherigen § 609 Abs. 3.

Zu § 489 – Ordentliches Kündigungsrecht des Darlehensnehmers

Die Vorschrift entspricht im Wesentlichen wörtlich dem bisherigen § 609a. In der Überschrift wird nunmehr deutlich gemacht, dass die Vorschrift lediglich die **ordentliche** Kündigung und auch nur die des Darlehens**nehmers** betrifft. Im Übrigen wird die Vorschrift lediglich an die neue Diktion des Darlehensrechts, die zwischen dem Darlehensvertrag und dem Darlehen unterscheidet, angepasst. Absatz 1 Nr. 2 wird im Hinblick auf die Definition des Verbraucherbegriffs in § 13 redaktionell angepasst. Inhaltliche Änderungen zum geltenden Recht ergeben sich nicht.

Zu § 490 – Außerordentliches Kündigungsrecht

Die Vorschrift regelt im Absatz 1 ein außerordentliches Kündigungsrecht des Darlehens**gebers** für den Fall der Vermögensverschlechterung und im Absatz 2 ein außerordentliches Kündigungsrecht des Darlehens**nehmers** für den Fall der anderweitigen Verwertung des Sicherungsobjekts. Absatz 3 stellt klar, dass § 490 RE nicht abschließend ist. Aus der Überschrift wird deutlich, dass die Vorschrift lediglich außerordentliche Kündigungsrechte betrifft. Ordentliche Kündigungsrechte, wie sie sich zum Beispiel aus Nr. 19 Abs. 2 AGB-Banken ergeben, sind mithin von dieser Vorschrift nicht berührt.

Zu Absatz 1

Im Absatz 1 geht zunächst die bisherige Vorschrift des § 610 auf, die dem Darlehensgeber ein Widerrufsrecht seines Darlehensversprechens für den Fall einräumte, dass in den Vermögensverhältnissen des anderen Teils eine wesentliche Verschlechterung eintritt, durch die der Anspruch auf die Rückerstattung gefährdet wird. Diesen Fall der Vermögensverschlechterung greift der einleitende Konditionalsatz des Absatzes 1 („Wenn in den Vermögensverhältnissen des Darlehensnehmers ...“) unter im Wesentlichen wörtlichen Übernahme des bisherigen § 610 auf. Es wird nunmehr lediglich klargestellt, dass auch eine Verschlechterung in den Vermögensverhältnissen eines Dritten, der für das Darlehen eine Sicherheit gestellt hat, zu einer außerordentlichen Kündigung führen kann, wenn dadurch die Rückzahlung des Darlehens gefährdet wird. Dies entspricht bereits der heutigen Rechtslage (MünchKomm/Westermann, § 610 Rdn. 7). Im Übrigen wird durch die Formulierung „eintritt oder einzutreten droht“ ebenfalls in Übereinstimmung mit dem geltenden Recht deutlich gemacht, dass der Darlehensgeber den tatsächlichen Eintritt der wesentlichen Vermögensverschlechterung nicht etwa noch abwarten muss, sondern dass er bereits dann ein Kündigungsrecht hat, wenn sich die Vermögensverschlechterung und die daraus folgende Gefährdung der Rückzahlung des Darlehens sichtbar abzeichnet. Anderenfalls würde der Sinn des außerordentlichen Kündigungsrechts im Falle von Vermögensverschlechterungen für den Darle-

hensgeber in vielen Fällen verfehlt: Denn diese soll den Darlehengeber gerade vor einem durch die Insolvenz des Darlehensnehmers eintretenden Vermögensverlust bewahren. Dieses Ziel würde konterkariert, wenn der Darlehensgeber zunächst den Eintritt der Insolvenz abwarten müsste, da diese gerade den Vermögensverlust herbeiführt, so dass eine danach erklärte Kündigung wirkungslos wäre.

Der im bisherigen § 610 eingeräumte Widerruf des Darlehensversprechens wird in der Fassung des § 490 Abs. 1 RE als fristlose Kündigung gestaltet, was dem jetzigen Verständnis des Darlehensvertrags als einem zweiseitig verpflichtenden Konsensualvertrag entspricht. Ferner gewährt § 490 Abs. 1 RE dem Darlehensgeber nunmehr nicht lediglich – wie noch der bisherige § 610 – ein Kündigungsrecht **vor** Darlehensvalutierung, sondern sieht in seiner zweiten Alternative („danach in der Regel fristlos“) ein Kündigungsrecht auch **nach** Auszahlung des Darlehensbetrags vor. Dieses ist allerdings im Gegensatz zu dem Kündigungsrecht vor Darlehensvalutierung, das dem Darlehensgeber entsprechend der jetzigen Regelung des § 609 „im Zweifel jederzeit“ zusteht, durch die Formulierung „in der Regel“ weicher gestaltet und erfordert damit eine Gesamtwürdigung der jeweiligen Kündigungssituation.

Dadurch wird dem Umstand Rechnung getragen, dass sich die Situation für den Darlehensnehmer und Darlehensgeber vor und nach der Valutierung des Darlehens jeweils anders darstellt. Während dem Darlehensgeber eine **Auszahlung** des Darlehens „sehenden Auges“, dass er dieses vom Darlehensnehmer nicht mehr zurückerhalten werde, schlechterdings nicht zugemutet werden kann, kann dem Darlehensgeber nach Valutierung die **Belassung** der Darlehenssumme beim Darlehensnehmer im Einzelfall durchaus zumutbar sein. Dies kann etwa dann der Fall sein, wenn sich die Vermögenssituation des Schuldners erst durch die Rückforderung des Darlehensbetrags in einer Summe so sehr verschlechtert, dass er insolvent wird, während ihm bei Belassung des Darlehens jedenfalls eine ratenweise Rückführung möglich wäre. Auch im Falle einer lediglich vorübergehenden Vermögensverschlechterung kann es im Einzelfall dem Darlehensgeber zumutbar sein, dem Darlehensnehmer das Darlehen zu belassen. Die h. M. nimmt daher einen wichtigen Kündigungsgrund nach der Valutierung eines Darlehens nur dann an, wenn durch weiteres Belassen der Mittel beim Darlehensnehmer die Rückgewähr so stark gefährdet wird, dass unter Preisgabe des Interesses des Schuldners am Behalten bis zum vereinbarten Fälligkeitstermin so schnell wie möglich gerettet werden muss, was zu retten ist; dies setzt stets eine Gesamtwürdigung unter Berücksichtigung auch der Belange des Schuldners voraus (MünchKomm/Westermann, § 610 Rdn. 13 m. w. N.). Dem entspricht die Fassung des § 490 Abs. 1 2. Alt. RE, indem sie dem Darlehensgeber bei einer Vermögensverschlechterung nach Valutierung nur „in der Regel“ ein außerordentliches Kündigungsrecht gewährt.

Zu Absatz 2

In Absatz 2 wird dem Darlehensnehmer bei einem grundpfandrechtlich gesicherten Darlehen ein außerordentliches Kündigungsrecht für den Fall eingeräumt, dass der Darlehensnehmer ein Bedürfnis nach einer anderweitigen Verwertung des Sicherungsobjekts hat. Das Kündigungsrecht wird allerdings davon abhängig gemacht, dass der Darlehensnehmer dem Darlehensgeber denjenigen Schaden ersetzt, der diesem aus der vorzeitigen Kündigung entsteht.

Mit Absatz 2 wird die Rechtsprechung des BGH (grundlegend BGHZ 136, 161 ff.; NJW 1997, 2875 ff. und 2978 f.) zu der seit langem in Rechtsprechung und Literatur umstrittenen Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen der Darlehensnehmer bei einem Festzinskredit gegen Zahlung einer Vorfälligkeitsentschädigung eine vorzeitige Kreditabwicklung verlangen kann, kodifiziert. Dabei orientiert sich die Gesetzesfassung eng an den vom BGH entwickelten Grundsätzen, so dass sich aus der Kodifikation keine Änderung der geltenden Rechtslage, sondern nur eine größere Rechtsklarheit und Rechtssicherheit für den Rechtsanwender ergibt, da sich die Rechtsprechungsgrundsätze nunmehr auch aus dem Gesetz selbst ergeben und dort festgeschrieben sind. Der BGH hat in zwei Urteilen vom 1. Juli 1997 den Grundsatz aufgestellt, dass ein Darlehensnehmer einen Anspruch auf eine vorzeitige Vertragsauflösung eines festverzinslichen und grundpfandrechtlich gesicherten Darlehensvertrags hat, wenn er ein Bedürfnis nach einer anderweitigen Verwertung des beliehenen Objekts hat und er dem Darlehensgeber den sog. „Vorfälligkeitsschaden“ ersetzt. Dabei kommt es nach der Rechtsprechung des BGH nicht darauf an, aus welchem Beweggrund der Darlehensnehmer das Beleihungsobjekt (dies wird in der Regel ein Grundstück sein) anderweitig verwerten will; der Anspruch des Darlehensnehmers auf vorzeitige Vertragsauflösung besteht daher sowohl bei einem Verkauf aus privaten Gründen (z. B. Ehescheidung, Krankheit, Arbeitslosigkeit, Überschuldung, Umzug) ebenso wie bei der Wahrnehmung einer günstigen Verkaufsgelegenheit (BGH, NJW 1997, 2877). Dies ergibt sich daraus, dass die Rechtsprechung den Anspruch auf vorzeitige Kreditabwicklung mit der Erhaltung der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit des Darlehensnehmers rechtfertigt. Dürfte der Darlehensgeber nämlich den Darlehensnehmer auch bei einem beabsichtigten Verkauf des beliehenen Objekts an der unveränderten Durchführung des Darlehensvertrags festhalten, könnte er den Verkauf vereiteln und dem Darlehensnehmer so die anderweitige Verwertung des belasteten Gegenstandes faktisch unmöglich machen. Darin läge indessen ein – auch unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten - nicht hinnehmbarer Eingriff in die wirtschaftliche Handlungsfreiheit des Darlehensnehmers.

Diesen von der Rechtsprechung entwickelten Vertragsaufhebungsgrundsatz setzt Absatz 2 nunmehr um. An die Stelle des Anspruchs auf Vertragsauflösung tritt allerdings ein Kündigungsrecht des Darlehensnehmers, was keine inhaltliche Änderung darstellt, sondern lediglich der Gesetzessystematik entspricht, die dem Schuldner bei Dauerschuldverhältnissen wie dem Darlehensvertrag nicht einen Anspruch auf Vertragsauflösung, sondern ein Kündigungsrecht gewährt. Das Kündigungsrecht des Darlehensnehmers ist indessen von der Zahlung einer Vorfälligkeitsentschädigung abhängig. Durch diese konditionale Verknüpfung wird im Ergebnis das in der Rechtsprechung entwickelte Vertragsaufhebungsmodell erreicht: Der Schuldner hat zwar ein Kündigungsrecht; die Kündigung wird indessen erst wirksam, wenn er dem Darlehensgeber den objektiv zu berechnenden Vorfälligkeitsschaden ersetzt. Das gleiche Ergebnis erzielt die Rechtsprechung, wenn sie dem Schuldner einen Anspruch auf Abschluss eines Aufhebungsvertrags einräumt, dessen Inhalt darin besteht, dass der Darlehensvertrag beendet ist, sobald der Darlehensnehmer dem Darlehensgeber denjenigen Schaden ersetzt hat, der diesem aus der vorzeitigen Vertragsbeendigung entstanden ist.

In Absatz 2 soll im Übrigen der Begriff der „Vorfälligkeitsentschädigung“ legal definiert werden. Deren Berechnungsgrundsätze werden dagegen weiterhin der Rechtsprechung überlassen, da diese in ihren Verästelungen und Details einer gesetzlichen Kodifikation nicht zugänglich sind und auch für eventuelle Änderungen im Hinblick auf strukturelle Änderungen in den äußeren wirtschaftlichen Bedingungen offen sein müssen. Dem wäre eine Festschreibung im Gesetz abträglich.

Zu Absatz 3

Der Hinweis in Absatz 3, dass die §§ 313, 314 RE unberührt bleiben, hat lediglich klarstellende Funktion. Damit soll verdeutlicht werden, dass die Regelung in den Absätzen 1 und 2 nicht abschließend ist, sondern den Vertragsparteien die sich aus den allgemeinen Vorschriften ergebenden weiteren Vertragslösungsmöglichkeiten außerhalb der im § 490 RE geregelten Einzelfälle verbleiben.

Zu § 491 - Verbraucherdarlehensvertrag

§ 491 RE fasst die bisherigen § 1 Abs. 1 und § 3 VerbrKrG ohne inhaltliche Änderungen in einer Vorschrift zusammen.

Absatz 1 entspricht inhaltlich dem bisherigen § 1 Abs. 1 VerbrKrG. Der bisherige Satz 2 wird lediglich sprachlich geglättet. Durch den Zusatz, dass Verbraucher „im Sinne des Titels 1“

auch ein Existenzgründer sein kann, wird deutlich gemacht, dass diese erweiterte Verbraucherdefinition auch für die in den Untertiteln 2 und 3 geregelten Verträge der sonstigen Finanzierungshilfen und Ratenlieferungsverträge gilt.

Absatz 2 entspricht bis auf redaktionelle Anpassungen an die jetzige Diktion des Darlehensrechts dem bisherigen § 3 Abs. 1 VerbrKrG. Dessen bisherige Nummer 3 konnte im Hinblick auf die Regelung des § 499 Abs. 1 RE entfallen.

Absatz 3 entspricht – bis auf redaktionelle Anpassungen an die jetzige Diktion des Darlehensrechts und die Anpassung der Verweisungen - dem bisherigen § 3 Abs. 2 VerbrKrG. Die Nummer 1 geht in § 500 RE auf und kann daher hier entfallen. Die Formulierung der jetzigen Nummer 1 (Hypothekendarlehen) ist sprachlich geglättet worden. Hier ist auf eine inhaltliche Änderung hinzuweisen, die sich nur indirekt aus dem Fehlen des Verweises auf § 497 Abs. 1 RE ergibt: Im neuen § 497 Abs. 1 RE ist nunmehr für die in § 491 Abs. 3 Nr. 1 RE genannten Hypothekendarlehen ein pauschaler Verzugszins von 2,5 % über Basiszins geregelt. Dies bedeutet eine Veränderung gegenüber dem geltenden Recht, wonach für Hypothekendarlehen der gesetzliche Zinssatz von 4 Prozent, freilich mit der Möglichkeit eines höheren Schadensnachweises galt. Die Gründe der Regelung eines solchen Pauschalzinses werden bei der Kommentierung des § 497 Abs. 1 RE näher erläutert.

Zu § 492 – Schriftform, Vertragsinhalt

§ 492 RE entspricht - bis auf redaktionelle Anpassungen an die neue Diktion des Darlehensrechts - dem bisherigen § 4 Abs. 1 Satz 1 bis 5 Nr. 1, Abs. 2 und 3 VerbrKrG. Die Nummer 2 und Satz 6 des bisherigen § 4 Abs. 1 VerbrKrG gehen in § 502 Abs. 1 RE auf.

Es ist erwogen worden, die in Absatz 1 aufgeführten Angaben ähnlich wie bei den Regelungen für Fernabsatz- und Teilzeit-Wohnrechteverträge in eine Verordnung auszulagern. Dies erschien indessen unzweckmäßig, weil sich so die sehr spezielle Nichtigkeitsregelung im bisherigen § 6 VerbrKrG nicht adäquat gestalten lässt.

Zu § 493 – Überziehungskredit

§ 493 RE entspricht – bis auf redaktionelle Anpassungen an die neue Diktion des Darlehensrechts - dem bisherigen § 5 VerbrKrG.

Zu § 494 - Rechtsfolgen von Formmängeln

§ 494 RE entspricht – bis auf redaktionelle Anpassungen an die neue Diktion des Darlehensrecht und die Anpassungen der Verweisungen - dem bisherigen § 6 Abs. 1, 2 und 4 VerbrKrG, soweit sich diese Regelung nicht auf Teilzahlungsgeschäfte bezog. Die Inhalte des bisherigen § 6 hinsichtlich Teilzahlungsgeschäften, insbesondere dessen Absatz 3 sind nunmehr in § 502 Abs. 1 und 3 RE geregelt.

Zu § 495 – Widerrufsrecht

§ 495 RE entspricht – bis auf redaktionelle Anpassungen an die neue Diktion des Darlehensrecht und die Anpassungen der Verweisungen – dem bisherigen § 7 VerbrKrG. Der Satz 2 des bisherigen § 7 Abs. 1 VerbrKrG geht in § 503 Abs. 1 RE auf. Der bisherige Absatz 2 des § 7 VerbrKrG konnte im Hinblick auf die in § 355 Abs. 3 RE und oben bereits näher erläuterte allgemeine Erlöschensfrist entfallen. Der bisherige Satz 2 des § 7 Abs. 4 VerbrKrG zum finanzierten Teilzeit-Wohnrechtevertrag konnte im Hinblick auf die allgemeine Regelung verbundener Verträge in den §§ 358, 359 RE entfallen.

Dasselbe gilt für die bisherigen Regelungen im geltenden § 8 Abs. 2 und § 9 VerbrKrG. Der bisherige § 8 Abs. 2 geht in § 502 Abs. 2 RE auf.

Zu § 496 – Einwendungsverzicht, Wechsel- und Scheckverbot

§ 496 RE entspricht bis auf redaktionelle Anpassungen an die neue Diktion des Darlehensrecht wörtlich dem bisherigen § 10 VerbrKrG.

Zu § 497 – Behandlung der Verzugszinsen, Anrechnung von Teilleistungen

§ 497 RE entspricht bis auf die neue Regelung eines pauschalen Verzugszinses für Hypothekardarlehen und bis auf redaktionelle Anpassungen an die neue Diktion des Darlehensrechts und die angepassten Verweisungen dem bisherigen § 11 VerbrKrG.

Der bisherige Regelungsinhalt des Absatzes 1 des § 11 VerbrKrG erscheint zwar auf den ersten Blick wegen des nunmehr in § 288 Abs. 1 RE bestimmten Verzugszinses von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz obsolet zu sein. Hinter dem bisherigen Absatz 1 des § 11 VerbrKrG verbirgt sich aber neben der Regelung der Zinshöhe auch, dass der Darlehensgeber insoweit vom Zinseszinsverbot des § 289 Satz 1 befreit ist. Dies hat wiederum Auswirkungen auf den bisherigen § 11 Abs. 2 (= § 497 Abs. 2 RE), nämlich insofern, als die

dort aufgeführten „Zinsen“ eben die nach Absatz 1 der Vorschrift sind und damit auch die Zinseszinsen erfassen, so dass sich wiederum auch auf diese Zinseszinsen die Zinsermäßigung des bisherigen § 11 Abs. 2 Satz 2 (= § 497 Abs. 2 Satz 2 RE) bezieht. Um den Regelungsgehalt des bisherigen § 11 VerbrKrG zu bewahren, war daher auch dessen Absatz 1 zu übernehmen.

Absatz 1 Satz 2 bestimmt nunmehr auch für die in § 491 Abs. 3 Nr. 1 RE genannten Hypothekenkredite einen pauschalierten variablen Verzugszinssatz in Höhe von 2,5 Prozentpunkte über dem Basiszinssatz. Mit dieser Pauschalierung werden folgende Ziele bezweckt: Zunächst wird die Berechnung des vom Verbraucher in diesen Fällen zu ersetzenden Verzugsschadens vereinfacht. Dies entlastet die Gerichte von einer erheblichen Zahl von Rechtsstreitigkeiten, die in den letzten Jahren zur Höhe des Verzugsschadens bei Verbraucherhypothekenkrediten mit immer anderen Berechnungsarten und –ergebnissen geführt worden sind. Dies führt sowohl für den Darlehensnehmer als auch für den Darlehensgeber zu einer größeren wirtschaftlichen Planbarkeit und Vorhersehbarkeit. Schließlich trägt die Pauschalierung durch die Koppelung an den Basiszins dem Bedürfnis nach einer Anpassung an Veränderungen des allgemeinen Zinsniveaus Rechnung. Nach Einführung eines allgemeinen variablen Verzugszinses in § 288 Abs. 1 RE war der Umstand, dass ein Darlehensgeber bei einem Hypothekendarlehen, welches einem Verbraucher gewährt wird, nach derzeitiger Rechtslage weiterhin auf den festen gesetzlichen Zinssatz von 4 % verwiesen wird, kaum mehr zu rechtfertigen. Auf der anderen Seite kam eine entsprechende Anwendung des pauschalierten Zinssatzes für nicht grundpfandrechtlich gesicherte Standarddarlehen in Höhe von 5 Prozentpunkte über dem Basiszinssatz nicht in Betracht, da dieser weit über dem tatsächlichen Verzugsschaden bei Hypothekenkrediten gelegen hätte, bei welchen die Refinanzierungskosten erheblich geringer sind. Ein Vergleich zwischen den Durchschnitts-Refinanzierungssätzen bei Standardkrediten und Hypothekenkrediten verdeutlicht, dass diese bei Realkrediten um ca. 2 bis 3 % geringer sind. Dem trägt die in § 497 Abs. 1 Satz 2 bestimmte Zinspauschale von 2,5 Prozentpunkte über dem Basiszinssatz Rechnung.

Zu § 498 – Gesamtfälligstellung bei Teilzahlungskrediten

§ 498 RE entspricht bis auf redaktionelle Anpassungen an die neue Diktion des Darlehensrechts dem bisherigen § 12 VerbrKrG.

Zu Untertitel 2 – Finanzierungshilfen

Vorbemerkung

Der Anwendungsbereich des bisherigen Verbraucherkreditgesetzes umfasst gemäß dessen § 1 Abs. 2 neben Darlehensverträgen auch Kredite in Form eines entgeltlichen Zahlungsaufschubs oder einer sonstigen entgeltlichen Finanzierungshilfe. Die Haupterscheinungsformen des Zahlungsaufschubs sind die Teilzahlungsgeschäfte (jetzt definiert im § 499 Abs. 2 RE) und die Haupterscheinungsform der sonstigen Finanzierungshilfe die Finanzierungsleasingverträge (jetzt geregelt in § 500 RE). Um diese Kreditformen, für die das geltende Verbraucherkreditgesetz zum Teil den Anwendungsbereich einschränkt (vgl. den bisherigen § 3 Abs. 2 Nr. 1 VerbrKrG) oder Sonderregelungen aufstellt (vgl. den bisherigen § 4 Abs. 1 Satz 5 Nr. 2 VerbrKrG), vom Gelddarlehen und den dortigen Regelungen besser unterscheiden zu können, wurden im Untertitel 2 eigene Vorschriften für die Kreditformen des Zahlungsaufschubs und sonstiger Finanzierungshilfen geschaffen. Die Ausgliederung hat lediglich systematische Gründe und soll die Übersichtlichkeit verbessern; inhaltliche Änderungen im Vergleich zum geltenden Recht sind damit nicht verbunden.

Zu § 499 – Zahlungsaufschub, sonstige Finanzierungshilfe

§ 499 RE stellt die Basisnorm für die Kreditformen des Zahlungsaufschubs und der sonstigen Finanzierungshilfe dar.

Zu Absatz 1

Absatz 1 bestimmt den Grundsatz, dass auf diese Kreditformen grundsätzlich die für das Verbraucherdarlehen geltenden Vorschriften anzuwenden sind. Ausgenommen wird lediglich der § 493 RE, der eine Sondervorschrift für Überziehungskredite darstellt und für den Zahlungsaufschub und sonstige Finanzierungshilfen nicht relevant ist. Die entsprechende Anwendung wird - entsprechend dem bisherigen § 1 Abs. 2 VerbrKrG – davon abhängig gemacht, dass es sich um einen Verbrauchervertrag handelt, also ein Unternehmer einem Verbraucher den Zahlungsaufschub oder die sonstige Finanzierungshilfe gewährt. Ferner wird – wie im bisherigen Verbraucherkreditgesetz – Entgeltlichkeit vorausgesetzt. Hinsichtlich des Zahlungsaufschubs gilt – wie bisher gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 3 VerbrKrG – die weitere Einschränkung, dass es sich um einen Zahlungsaufschub von mehr als drei Monaten handeln muss.

Zu Absatz 2

Absatz 2 bestimmt, dass für Finanzierungsleasingverträge und Teilzahlungsgeschäfte, die in Absatz 2 entsprechend dem bisherigen § 4 Abs. 1 Satz 5 Nr. 2 VerbrKrG legal definiert wer-

den, die in den §§ 500 bis 504 RE geregelten Besonderheiten gelten. Daraus darf **nicht** der Rückschluss gezogen werden, dass es sich bei Finanzierungsleasingverträgen und Teilzahlungsgeschäften **nicht** um die Kreditformen des Zahlungsaufschubs oder der sonstigen Finanzierungshilfen handelt. Ebenso wenig darf gefolgert werden, dass für die Finanzierungsleasingverträge und Teilzahlungsgeschäfte nicht die im Absatz 1 bestimmten Voraussetzungen der Entgeltlichkeit und des Unternehmer-Verbraucher-Geschäfts gefordert würden. Vielmehr wird durch den Regelungszusammenhang in der Vorschrift des § 499 RE deutlich, dass es sich bei den in Absatz 2 genannten Verträgen lediglich um Spezialformen der in Absatz 1 genannten Verträge handelt, für die allerdings – unter der Voraussetzung, dass sie überhaupt in den Anwendungsbereich der Vorschrift fallen, der mit Absatz 1 und Absatz 3 eingegrenzt wird – die Sonderregelungen der §§ 500 bis 504 RE gelten. Dies entspricht dem bisherigen Anwendungsbereich des geltenden Verbraucherkreditgesetzes.

Zu Absatz 3

Absatz 3 stellt klar, dass der Anwendungsbereich für einen entgeltlichen Zahlungsaufschub und sonstige entgeltliche Finanzierungshilfen denselben Ausnahmen wie beim Verbraucherdarlehensvertrag unterliegt; dies entspricht dem bisherigen § 3 VerbrKrG, der die Ausnahmen vom Anwendungsbereich für alle Kreditformen gleich gestaltete.

Zu § 500 – Finanzierungsleasingverträge

§ 500 RE entspricht dem bisherigen § 3 Abs. 2 Nr. 1 VerbrKrG für Finanzierungsleasingsverträge. Danach sollten für solche Verträge die Vorschriften der bisherigen § 4 Abs. 1 Satz 5 und 6 (erforderliche Angaben, = § 492 Abs. 1 Satz 5 und 6 RE), § 6 (Rechtsfolgen von Formmängeln, = § 494 RE), § 13 Abs. 3 (Rücktrittsfiktion, = § 503 Abs. 3 Satz 4 und 5 RE) sowie § 14 (vorzeitige Zahlung, = § 504 RE) nicht gelten. Eine Änderung ergibt sich nur dadurch, dass § 500 RE den Anwendungsbereich für Finanzierungsleasingverträge positiv formuliert und entsprechend die vorgenannten Bestimmungen vom Verweis ausnimmt. Dies gilt auch für die Vorschriften der §§ 493 und 495 Abs. 2 und 3 RE, die ersichtlich auf ein Gelddarlehen oder Überziehungskredite zugeschnitten sind, so dass sie für Finanzierungsleasingverträge nicht relevant sind. Dies gilt auch für die in § 503 Abs. 2 Satz 1 bis 3 RE bestimmte Regelung zum Rücktrittsrecht bei Teilzahlungsgeschäften, die bisher in § 13 Abs. 1 und 2 VerbrKrG geregelt war und die nach dem bisherigen § 3 Abs. 2 Nr. 1 VerbrKrG auch für Finanzierungsleasingverträge gelten sollte. Damit war scheinbar auch für Finanzierungsleasingverträge die Möglichkeit eines Rücktritts unter den Voraussetzungen des bisherigen § 13 VerbrKrG eröffnet. Dieser Rücktrittsmöglichkeit stand indessen bei einem in Vollzug

gesetzten Finanzierungsleasingvertrag bereits entgegen, dass es sich bei einem solchen um einen auf die Gebrauchsüberlassung des Leasingguts gerichtetetes Dauerschuldverhältnis handelt, bei dem ein Rücktritt ausgeschlossen ist (vgl. Münch-Komm/Habersack, § 13 VerbrKrG Rdn. 8; insgesamt zum Ausschluss des Rücktritts von einem Dauerschuldverhältnis Palandt/Heinrichs, vor § 346 Rdn. 8). Die Regelung des bisherigen § 13 VerbrKrG lief mithin bereits nach geltendem Recht bei Finanzierungsleasingverträgen leer, so dass in § 500 RE ein Verweis auf die entsprechende Vorschrift unterbleibt.

Zu § 501 – Teilzahlungsgeschäfte

Im geltenden Verbraucherkreditgesetz fanden sich einzelne Vorschriften, die allein auf Teilzahlungsgeschäfte anzuwenden waren. Dazu gehörten die bisherigen § 4 Abs. 1 Satz 5 Nr. 2 und Satz 6, § 6 Abs. 1 2. Alt., Abs. 3, Abs. 4 2. Alt., § 7 Abs. 1 Satz 2, § 8 Abs. 2, § 13 und § 14 VerbrKrG. Diese Vorschriften werden daher von den Vorschriften über Verbraucherdarlehensverträge und sonstige Finanzierungshilfen getrennt und – systematisch richtig – in den §§ 502 bis 504 RE als Sonderregelungen für Teilzahlungsgeschäfte ausgestaltet. Eine inhaltliche Änderung ist damit nicht verbunden.

§ 501 RE bestimmt, dass – entsprechend dem geltenden Verbraucherkreditgesetz – die §§ 358, 359, § 492 Abs. 1 Satz 1 bis 4, Abs. 2 und 3, § 495 Abs. 1 sowie die §§ 496 bis 498 auch auf Teilzahlungsgeschäfte entsprechend anwendbar sind. Umgekehrt sah das bisherige Verbraucherkreditgesetz bestimmte Vorschriften vor, die nicht für Teilzahlungsgeschäfte gelten sollten. Dabei handelte es sich um die bisherigen § 4 Abs. 1 Satz 5 Nr. 1 (= § 492 Abs. 1 S 5 Nr. 1 bis 7 RE), § 5 (= § 493 RE), § 6 Abs. 1 1. Alt., Abs. 2, Abs. 4 1. Alt. (= § 494 RE), und § 7 Abs. 3 und 4 (= § 495 Abs. 2 und 3 RE) des Verbraucherkreditgesetzes. Auf diese Vorschriften wird daher in § 501 RE nicht verwiesen.

Zu § 502 – Erforderliche Angaben, Rechtsfolgen bei Formmängeln bei Teilzahlungsgeschäften

Absatz 1 entspricht – bis auf redaktionelle Anpassungen – dem bisherigen § 4 Abs. 1 Satz 5 Nr. 2 und Satz 5 VerbrKrG.

Absatz 2 entspricht dem bisherigen § 8 Abs. 1 VerbrKrG. Lediglich die Verweisungen werden angepasst.

Absatz 3 fasst die bisherigen Regelungen in § 6 Abs. 1 2. Alt., Abs. 3 und Abs. 4 2. Alt. VerbrKrG in einem Absatz ohne inhaltliche Änderungen zusammen; lediglich die Verweisungen werden angepasst.

Zu § 503 – Rückgaberecht, Rücktritt bei Teilzahlungsgeschäften

Absatz 1 entspricht bis auf die angepassten Verweisungen dem bisherigen § 7 Abs. 1 Satz 2 VerbrKrG.

Absatz 2 fasst die bisherigen Regelungen des § 13 VerbrKrG in einem Absatz ohne inhaltliche Änderungen zusammen. Lediglich die Verweisungen werden angepasst und der Begriff des Kreditgebers durch den des Unternehmers bzw. in Satz 5 der Be-griff des Kreditgebers durch den des Darlehensgebers ersetzt. Dies folgt in Satz 5 daraus, dass hier der Fall eines verbundenen Geschäfts geregelt wird, bei welchem der Darlehensgeber die Sache an sich nimmt. Durch die neue Diktion wird nunmehr deutlich, dass es hier um die Handlung desjenigen geht, der das Teilzahlungsgeschäft finanziert. Dies war in der jetzigen Fassung des § 13 Abs. 3 VerbrKrG, der durchgängig von „Kreditgeber“ sprach, unklar.

Zu § 504 – Vorzeitige Zahlung bei Teilzahlungsgeschäften

§ 504 RE entspricht dem bisherigen § 14 VerbrKrG. Lediglich die Verweisungen werden angepasst.

Zu Untertitel 3 – Ratenlieferungsverträge

Zu § 505 - Ratenlieferungsverträge

Absatz 1 entspricht dem bisherigen § 2 i.V.m. § 7 VerbrKrG. Lediglich die Diktion und die Verweisungen werden angepasst. Des Weiteren wird der Ratenlieferungsvertrag nunmehr legal definiert.

Absatz 2 entspricht dem bisherigen § 2 i.V.m. § 4 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 3 VerbrKrG. In Abweichung zum Verbraucherdarlehensvertrag und zu den Kreditformen des Zahlungsaufschubs und der sonstigen Finanzierungshilfen kann der Ratenlieferungsvertrag in elektronischer Form abgeschlossen werden. Dies ist ein Erfordernis aus Artikel 9 der E-Commerce-Richtlinie, der generell verlangt, dass Verträge in elektronischer Form geschlossen werden können, und Ausnahmen nur für selbst genannte Ausnahmen (z. B. Bürgschaften) oder für Verträge vorsieht, bei denen auf Grund bestehender EG-Regelungen eine strengere Form

vorgesehen ist. Beides ist indessen für die Ratenlieferungsverträge zu verneinen. Da der Unternehmer dem Verbraucher dementsprechend die Vertragserklärungen auch auf einem dauerhaften Datenträger zur Verfügung stellen kann, kann der Verweis auf den bisherigen § 8 VerbrKrG (= § 502 Abs. 2 RE) entfallen.

Zu Untertitel 4 – Unabdingbarkeit

Zu § 506 – Abweichende Vereinbarungen

§ 506 RE entspricht dem bisherigen § 18 VerbrKrG.

Zu Nummer 32 – Umbenennung der Titel 2 bis 4

Es handelt sich um eine Redaktionelle Folgeänderung der Einfügung der neuen Titel über Teilzeit-Wohnrechteverträge und Darlehensverträge.

Zu Nummer 33 – Änderung des § 523 Abs. 2 Satz 2

Es handelt sich um eine redaktionelle Folgeänderung aus der Neugestaltung der Rechtsmängelhaftung des Verkäufers; auf die entsprechenden Bestimmungen verweist § 523 Abs. 2 Satz 2 im Schenkungsrecht für die Haftung des Schenkers.

Zu Nummer 34 – Anfügung von § 604 Abs. 5

§ 604 betrifft die Leihe und regelt den vertraglichen Anspruch des Verleihers gegen den Entleiher auf Rückgabe der geliehenen Sache nach dem Ende der für die Leihe bestimmten Zeit. Der neue Absatz 5 bestimmt als maßgeblichen Zeitpunkt für die Verjährung dieses Anspruchs die Beendigung der Leihe. Dies wird notwendig wegen der Auswirkungen der dreijährigen Verjährungsfrist auf Erfüllungsansprüche aus Dauerschuldverhältnissen. Werden Ansprüche aus derartigen Schuldverhältnissen erst durch Kündigung fällig, so beginnt die Verjährung der Rückgewähransprüche erst mit der Kündigung, da der bisherige § 199 aufgehoben wird, der den Zeitpunkt für maßgeblich erklärt, ab dem die Kündigung zulässig ist. Bei der Leihe kann die überlassene Sache gemäß § 604 Abs. 3 jedoch jederzeit zurückgefordert werden, ohne dass es einer Kündigung bedarf.

Die Verjährung dieser sog. verhaltenen Ansprüche beginnt nach gemeinhin vertretener Auffassung nicht erst mit der Rückforderung, sondern bereits mit der Hingabe der Sache (BGH, NJW-RR 1988, 902, 904; MünchKomm/v. Feldmann, § 198 Rdn. 2; Erman/ Hefermehl § 198

Rdn. 4; Palandt/Heinrichs § 198 Rdn. 1). Während dies nach geltendem Recht angesichts der Verjährungsfrist von 30 Jahren für derartige Ansprüche nicht zu Unzuträglichkeiten führte, hat die Abkürzung dieser Frist auf drei Jahre zur Folge, dass auf unbestimmte Zeit verliehene Sachen nach Ablauf der drei Jahre nicht mehr zurückverlangt werden können. Mit Rücksicht auf den Ausnahmecharakter dieser Fälle soll zur Vermeidung dieses absurden Ergebnisses keine allgemeine Vorschrift über die Verjährung derartiger Ansprüche im Rahmen der §§ 194 ff. geschaffen werden. Es handelt sich vielmehr um ein Problem des Beginns der Verjährung von Ansprüchen. Der § 604 wird daher durch eine Vorschrift ergänzt, nach welcher der vertragliche Anspruch auf Rückgewähr erst zu verjähren beginnt, wenn er geltend gemacht wird.

Zu Nummer 35 – Neufassung des bisherigen fünften, jetzt siebenten Titels im neuen Abschnitt 8 des zweiten Buches

Zu Titel 7 – Sachdarlehensvertrag

Vorbemerkung

Die bisherigen §§ 607 ff. regelten neben dem Gelddarlehen auch das sog. Sachdarlehen. Dies wurde durch die bisherige Fassung des § 607 deutlich gemacht, wo neben Geld „andere vertretbare Sachen“ aufgeführt sind. In der Rechtswirklichkeit haben sich freilich zwei voneinander getrennte Regelungsbereiche zum Gelddarlehen einerseits mit den Besonderheiten des Verbraucherkreditgesetzes und zum Sachdarlehen andererseits entwickelt. Dieser Trennung trägt der Entwurf dadurch Rechnung, dass er das Gelddarlehen in den §§ 488 ff. RE nunmehr eigenständig regelt. Angesichts der dortigen detaillierten Regelungen, die für den Regelungsbereich des Sachdarlehens lediglich in ihren Grundzügen Relevanz haben, scheint es nicht adäquat, für die Fälle des Sachdarlehens auf die Regelungen des Gelddarlehens zu verweisen. Es ist erwogen worden, auf die Regelungen über das Sachdarlehen zu verzichten. Dies soll indessen nicht geschehen. Das Sachdarlehen kommt in reiner Form immerhin bei der Wertpapierleihe zur Anwendung. Andere Formen des Sachdarlehens werden mit Elementen der Leihe, der Miete oder der Verwahrung gemischt. Im Bürgerlichen Gesetzbuch sollten sich daher jedenfalls die Grundprinzipien des Sachdarlehensvertrags finden, damit die Rechte und Pflichten aus einem solchen Vertrag für den Bürger ersichtlich sind. Eine darüber hinausgehende detailliertere Regelung erscheint indessen nicht angezeigt, da der Hauptanwendungsbereich des Sachdarlehens, die Wertpapierleihe, ausschließlich unternehmensbezogen ist und damit ohnehin individualrechtlich oder durch Allgemeine Geschäftsbedingungen der Unternehmen in den Einzelheiten geregelt werden kann. Der Entwurf beschränkt sich daher auf eine Regelung der Grundprinzipien. Diese ist

eng an die bisherigen Vorschriften der §§ 607 ff. angelehnt. Da sich der Begriff des Sachdarlehens im Sprachgebrauch eingebürgert hat, soll er aufrechterhalten bleiben.

Zu § 607 – Vertragstypische Pflichten

Zu Absatz 1

§ 607 Abs. 1 RE beschreibt in Anlehnung an die jetzige Diktion des Gelddarlehens in § 488 Abs. 1 RE die Hauptpflichten der Vertragsparteien beim Sachdarlehensvertrag. Dabei wird auch das Sachdarlehen nunmehr – entsprechend der ganz überwiegenden Meinung in Rechtsprechung und Literatur – als beidseitig verpflichtender Konsensualvertrag konstruiert, der den Darlehensgeber zur Überlassung vertretbarer Sachen in der vereinbarten Art und Menge und den Darlehensnehmer zur Rückerstattung des Empfangenen in Sachen gleicher Art, Güte und Menge und zur Zahlung eines vereinbarten Darlehensentgeltes verpflichtet. Der Absatz 1 entspricht dem bisherigen Anwendungsbereich des geltenden § 607 und soll insbesondere weiterhin sowohl die „Wertpapierleihe“ als zeitlich begrenzte und entgeltliche Überlassung von Wertpapieren zur freien Nutzung des „Entleihers“ mit der Verpflichtung, sie bei Fristablauf oder Kündigung zurückzugewähren, erfassen als auch die Überlassung von Mehrweg-Verpackungen, die in der Regel durch Übergabe einer mehrfach verwendbaren Verpackung (Flaschen, Kisten, Säcke, Paletten, Container etc.) zugleich mit der dem Empfänger geschuldeten sonstigen Sache einhergeht. Der Begriff der „Sache“ in Absatz 1 umfasst im Hinblick auf die Wertpapierleihe auch die Überlassung von nur mittelbar verkörperten Sachen: Wertpapiere werden nämlich in der Regel gemäß §§ 5 f. DepotG girosammelverwahrt, so dass es zu einer Überlassung der verbrieften, körperlichen Urkunde bei der Wertpapierleihe praktisch nie mehr kommt. Nach der h. M. schadet indessen eine solch mittelbare Verkörperung bei Wertpapieren nicht, zumal sie zumindest prinzipiell verbrieft werden können (MünchKommentar/Westermann, § 607 Rdn. 3). Mit dem Begriff des „Überlassens“ ist – in Abgrenzung zur Miete und Leihe – nicht nur die Überlassung zum Gebrauch, sondern die Überlassung zwecks Eigentumsübertragung gemeint.

Zu Absatz 2

Absatz stellt lediglich klar, dass die §§ 607 ff. RE nicht auf die Überlassung von Geld Anwendung finden. Diese Klarstellung ist erforderlich, da auch Geld eine vertretbare Sache ist.

Zu § 608 - Kündigung

Absatz 1 entspricht dem bisherigen § 608 Absatz 1.

Absatz 2 bestimmt für auf unbestimmte Zeit abgeschlossene Sachdarlehensverträge ein jederzeitiges beidseitiges ordentliches Kündigungsrecht. Dies entspricht der Rechtswirklichkeit für den Bereich der Sachdarlehen, bei denen es auf eine schnelle Rückgabemöglichkeit ankommt. Abweichende Vereinbarungen sind möglich.

Zu § 609 - Entgelt

§ 609 RE sieht in Anlehnung an den geltenden § 608 vor, dass der Darlehensnehmer das Darlehensentgelt spätestens mit Rückerstattung der Sache zu bezahlen hat. Die Vereinbarung legt damit lediglich den spätest möglichen Fälligkeitszeitpunkt für die Zahlung des Entgelts fest. Die Regelung des § 271 sowie die Möglichkeit anderweitiger Vereinbarungen bleiben unberührt.

Zu Nummer 36 – Umnummerierung des sechsten bis fünfundzwanzigsten Titels im neuen Abschnitt 8 des Buchs 2

Die neue Nummerierung ist notwendig geworden durch die Einfügung eines neuen Titels 2 über Teilzeit-Wohnrechteverträge und eines neuen Titels 3 über den Darlehensvertrag, Finanzierungshilfen und Ratenlieferungsverträge.

Zu Nummer 37 – Einfügung eines § 632 Abs. 3

§ 632 Abs. 3 RE betrifft die Frage, ob ein Kostenanschlag zu vergüten ist, und verneint sie „im Zweifel".

Das Bürgerliche Gesetzbuch enthält bislang keine besondere Regelung darüber, ob ein Kostenanschlag zu vergüten ist. Nach der Rechtsprechung des BGH kann eine Verpflichtung zur Vergütung des Kostenanschlags nur aus einem Werkvertrag über die Erstellung des Kostenanschlags hergeleitet werden. Ob die Beteiligten einen solchen Vertrag schließen wollten, soll von den Umständen abhängen, die sich entweder aus dem Einzelfall oder aus den Gewohnheiten des Geschäftsverkehrs ergeben können (NJW 1979, 2202; NJW 1982, 765, 766). In dem weiten Bereich des privaten Baugewerbes wird davon ausgegangen, dass ohne besondere Absprache keine Vergütung für die Fertigstellung eines Kostenanschlags gefordert werden kann (vgl. z. B. Werner/Pastor, Der Bauprozess Rdn. 961 ff.). In § 20 Ziffer 2 Abs. 1 Satz 1 VOB/A heißt es, dass für die Bearbeitung des Angebots keine Entschädigung gewährt wird. Verlangt der Auftraggeber allerdings, dass der Bewerber Entwürfe, Pläne, Zeichnungen oder Berechnungen ausarbeitet, muss er nach § 20 Ziffer 2 Abs. 1 Satz 2 VOB/A in der Ausschreibung für alle Bieter eine angemessene Entschädigung festsetzen. Ist

sie festgesetzt, dann steht sie nach § 20 Ziffer 2 Abs. 1 Satz 1 VOB/A jedem Bieter zu, der ein der Ausschreibung entsprechendes Angebot mit den geforderten Unterlagen rechtzeitig eingereicht hat.

Die Frage, ob ein Kostenanschlag zu vergüten ist, erweist sich im Rechtsalltag wegen des Fehlens einer gesetzlichen Regelung als häufige Streitquelle. Namentlich bei aufwendigen Kostenvoranschlägen und dann, wenn kein Vertrag zur Erbringung der veranschlagten Leistungen nachfolgt, sind Werkunternehmer geneigt, ihren Kunden den Kostenanschlag in Rechnung zu stellen. Demgegenüber dürfte es allgemeinem Rechtsbewusstsein entsprechen, dass eine Vergütungspflicht einer eindeutigen Vereinbarung bedarf. Kostenvoranschläge dienen dazu, die veranschlagte Kostenhöhe für zu erbringende Werkleistungen zu erfahren, an Konkurrenzangeboten zu messen und insbesondere in den typischen Fällen der erstrebten Instandsetzung technischer Geräte den Nutzen der Reparatur durch einen Vergleich der Kostenhöhe mit dem Zeitwert des Geräts zuverlässig einschätzen zu können. Die Bemühungen des Werkunternehmers, einen Kostenanschlag zu erstellen, zählen nach der berechtigten Erwartung des Publikums zu den Gemeinkosten des Werkunternehmers.

Mit der vorgesehenen Regelung in § 632 Abs. 3 wird das Ziel verfolgt, einen Streit der Parteien um eine Vergütung des Kostenanschlags nicht erst aufkommen zu lassen oder jedenfalls zu begrenzen. Zu diesem Zweck wird auf der Grundlage der Rechtsprechung des BGH vorgesehen, dass ein Kostenanschlag unentgeltlich ist, solange der Werkunternehmer nicht beweist, dass er sich mit dem Kunden über die Vergütungspflicht einig geworden ist. Um ein solches Einigsein zu erreichen, reicht es nicht aus, dass der Auftragnehmer etwa eine Klausel über die - möglicherweise vom Ausbleiben eines Reparaturauftrags abhängige - Vergütungspflicht in seine den Reparaturauftrag ergänzenden Allgemeinen Geschäftsbedingungen einstellt. Vielmehr ist er zur Vermeidung der Unwirksamkeit der Vergütungsklausel nach § 305c Abs. 1 (bisher § 3 des AGBG) oder § 307 (bisher § 9 AGBG) gehalten, mit seinem Kunden eine allein den Werkvertrag über die Erstellung und Vergütung des Kostenanschlags ausmachende Vereinbarung zu treffen (BGH NJW 1982, 765 ff.).

Dagegen soll ein Schriftformerfordernis für die Abrede über die Vergütung eines Kostenanschlags nicht eingeführt werden. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat bislang die Schriftform lediglich für besonders risikoreiche Vertragstypen wie den Bürgschaftsvertrag (§ 766) oder das Schuldversprechen und das Schuldanerkenntnis (§§ 780, 781) vorgesehen, hingegen nicht generell für andere gegenüber dem entgeltlichen Kostenanschlagsvertrag wirtschaftlich wesentlich bedeutsamere Verträge wie etwa den Darlehens- oder den Maklervertrag, der nur dann schriftlich abzuschließen ist, wenn Auftraggeber oder Darlehnsnehmer ein Verbraucher

ist (§§ 492 Abs. 1 Sätze 1 und 2, § 655b Abs. 1 RE = bisher §§ 4, 15 VerbrKrG). Der Werkunternehmer wird allerdings, um seiner Beweislast am einfachsten zu genügen, die Schriftform für die Vergütungsabrede wählen (vgl. KG, ZIP 1982, 1333, 1334). Die in Fällen fernmündlicher Vertragsanbahnung erwachsenden Streitigkeiten darüber, ob der Werkunternehmer den Kunden bei der Prüfung defekter Geräte zur Erstellung eines Kostenanschlags oder zur Instandsetzung aufgesucht hat, werden durch die gesetzliche Regelung nicht erst geschaffen, sondern bestehen heute schon.

Nicht aufgenommen werden soll – über den Kostenanschlag hinaus – die Vergütung für „ähnliche Vorarbeiten“. Im Gegensatz zum Begriff Kostenanschlag hat das Wort „Vorarbeiten" im Umgangsdeutsch keinen festen Umriss, und obschon die Verbindung mit dem Wort „ähnliche" eine Eingrenzung bewirken soll, wird das Vorstellungsbild durch diese Verbindung kaum klarer. Immerhin lässt sich feststellen, dass unter ähnliche Vorarbeiten allein solche fallen, die auf Grund einer besonderen Abrede mit dem Besteller ausgeführt werden; denn ein Kostenanschlag wird nur auf Verlangen erstellt. Außerdem müssen es, wie es das Wort Vorarbeiten zum Ausdruck bringt, Arbeiten sein, die dem eigentlichen Werkvertrag vorausgehen. Insoweit kommen als Beispiele eine Probebohrung zur Ermittlung der Bebaubarkeit des Grundstücks, die Anfertigung eines Modells sowie zeichnerische und rechnerische Leistungen von Architekten in Betracht. Diese Beispiel zeigen, dass die Situation bei solchen Vorarbeiten sehr verschieden ist und deshalb jedenfalls nicht die allgemeine Regel bestimmt werden kann, dass sie im Zweifel nicht zu vergüten sind. Dies würde vielfach die Sache treffen, vielfach aber auch nicht.

In Fällen, in denen vorbereitende Arbeiten des Werkunternehmers dem entgegen eine erhebliche praktische Bedeutung erlangen, sind sie unter den Begriff Vorarbeiten nicht einzuordnen. Dies gilt für die Berechnung von „Rüstzeiten“ und Fahrkosten. Werkunternehmer - insbesondere Reparaturwerkstätten - stellen ihren Kunden immer häufiger die Arbeitszeiten in Rechnung, die für die Ausrüstung ihrer Reparaturfahrzeuge und/oder ihrer Monteure mit den zur Instandsetzung benötigten Ersatzteilen aufgewendet werden. Dies ist jedoch ebenso wie die Kostenposition Fahrzeit kein Problem „ähnlicher Vorarbeiten", sondern es handelt sich um besondere Abrechnungsposten innerhalb des Vergütungsanspruchs des Werkunternehmers.

Zu Nummer 38 – Neufassung der §§ 633 bis 638

Die §§ 633 bis 639 betreffen die Haftung des Werkunternehmers für Mängel des Werks. Sie sollen mit der Neufassung an die geänderten Vorschriften über die Mängelhaftung des Ver-

käufers angepasst werden. Die notwendigen sachlichen Änderungen sind dabei deutlich geringer als im Kaufrecht, da letzteres mit der Einführung eines Nacherfüllungsanspruchs und der Abhängigkeit des Rücktritts und der Minderung von einer Fristsetzung bereits an die Konzeption der Mängelgewährleistung im Werkvertragsrecht angepasst wurde. Allerdings lassen sich Änderungen schon deshalb nicht vermeiden, weil das Werkvertragsrecht etwa für die Wandelung und die Minderung in dem bisherigen § 634 Abs. 4 auf die entsprechenden kaufrechtlichen Vorschriften verweist, diese aber nicht in der in Bezug genommenen Form fortbestehen. So liegt der Fassung auch des bisherigen § 634 Abs. 1 Satz 3 die Konzeption von einem „Anspruch“ auf Wandelung oder Minderung zugrunde; der bisherige § 634 Abs. 4 verweist für den Vollzug der Wandelung auf den aufgehobenen § 465. Eine Anpassung der Gewährleistungsvorschriften im Kauf- und Werkvertragsrecht ist aber auch schon wegen der großen Ähnlichkeit der beiden Vertragstypen in weiten Bereichen wünschenswert.

Die nachfolgenden Vorschriften ersetzen die §§ 633 bis 638; § 639 wird durch den bisherigen § 637 ersetzt (Nummer 39) und damit in seiner bisherigen Fassung aufgehoben.

Zu § 633 – Sach- und Rechtsmangel

Zu Absatz 1

Absatz 1 entspricht der Regelung zum Kaufvertrag in § 433 Abs. 1 Satz 2 RE. Hinsichtlich der Sachmängel soll sie den derzeitigen § 633 Abs. 1 ersetzen.

Für Rechtsmängel enthält das Werkvertragsrecht bislang keine Bestimmung. Sie spielen beim Werkvertrag eine geringere Rolle als beim Kaufvertrag, insbesondere wenn der Werklieferungsvertrag außer Betracht gelassen wird. Aber auch beim Werkvertrag im engeren Sinne kommen Rechtsmängel vor, vor allem im Hinblick auf Rechte aus dem Bereich des Urheberrechts und des gewerblichen Rechtsschutzes. Insoweit werden gegenwärtig die bisherigen §§ 434 ff. entsprechend angewendet. Wenn jedoch das Gewährleistungsrecht im Werkvertragsrecht überarbeitet wird, ist es zweckmäßig, hier auch die Haftung für Rechtsmängel ausdrücklich zu regeln. Da die Unterschiede zwischen Kauf- und Werkvertrag sich nicht auf Sach- und Rechtsmängel auswirken, ist eine gleichartige Regelung wie im Kaufrecht möglich. Die zum Kaufvertrag dargestellten Überlegungen gelten auch hier. Da beim Werkvertrag die Sachmängelfreiheit schon gegenwärtig zu den Leistungspflichten des Werkunternehmers gehört, tritt insofern keine Änderung gegenüber dem geltenden Recht ein.

Zu Absatz 2

Zu Satz 1

Satz 1 stimmt mit der Umschreibung des Sachmangels beim Kauf in § 434 Abs. 1 Satz 1 RE überein. Maßgeblich ist zunächst, ob das Werk die vereinbarte Beschaffenheit hat. So wie im geltenden Recht die entsprechende Definition des bisherigen § 633 Abs. 1 derjenigen für den Kauf in dem bisherigen § 459 Abs. 1 Satz 1 gleicht, soll auch in Zukunft zwischen den entsprechenden Regelungen für beide Vertragstypen kein Unterschied bestehen.

Zu Satz 2

Satz 2 erfasst den Fall, dass eine bestimmte Beschaffenheit nicht vertraglich vereinbart ist, und stellt hierfür auf die Eignung zunächst für die nach dem Vertrag vorausgesetzte, dann für die gewöhnliche Verwendung ab. Dies entspricht dem Vorschlag der Schuldrechtskommission und dem Ausgangspunkt in § 434 Abs. 1 Satz 2 RE für das Kaufrecht. Letztgenannte Vorschrift enthält allerdings noch eine Ergänzung, die auf die übliche Beschaffenheit verweist und hierbei in § 434 Abs. 1 Satz 3 RE die Haftung für Werbeaussagen des Verkäufers oder Herstellers mit einbezieht und auf Artikel 2 Abs. 2 Buchstabe d der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie zurückgeht. Dies wird für das Werkvertragsrecht nicht übernommen. Die Regelung ist auf den Verkauf von Massenwaren zugeschnitten, die typischerweise Gegenstand der Werbung insbesondere durch den Hersteller sind. Für Werkverträge spielt sie keine Rolle, insbesondere nachdem gemäß § 651 RE bei der Lieferung herzustellender Sachen in sehr weitgehendem Umfang Kaufrecht und damit auch § 434 Abs. 1 Satz 2 und 3 RE anzuwenden ist. Einen von dem Werkunternehmer als Vertragspartner zu unterscheidenden Hersteller, der eine Werbung durchführen könnte, gibt es im Werkvertragsrecht nicht, da gerade die Herstellung selbst Vertragsgegenstand ist. Eine eventuelle Werbung durch den Werkunternehmer selbst müsste sich an den Vertragspartner, den Besteller, richten. Soweit hier von konkreten Eigenschaften des Werks die Rede ist, wird regelmäßig eine Beschaffenheitsvereinbarung anzunehmen sein.

Erwogen, im Ergebnis aber verworfen worden ist der Vorschlag von Weyers (Gutachten Bd. III S. 281), in die Vorschrift eine ausdrückliche Regelung des Inhalts einzustellen, dass grundsätzlich die anerkannten Regeln der Technik einzuhalten sein sollen. Dass, soweit nicht etwas anderes vereinbart ist, die anerkannten Regeln der Technik einzuhalten sind, ist nicht zweifelhaft. Eine ausdrückliche Erwähnung bringt deshalb keinen Nutzen. Sie könnte andererseits zu dem Missverständnis verleiten, dass der Werkunternehmer seine Leistungspflicht schon dann erfüllt hat, sobald nur diese Regeln eingehalten sind, auch wenn das

Werk dadurch nicht die vertragsgemäße Beschaffenheit erlangt hat. Eine solche Risikoverteilung wäre nicht sachgerecht. Das Risiko, dass sich die anerkannten Regeln der Technik als unzulänglich erweisen, muss der sachnähere Werkunternehmer tragen, nicht der Besteller.

Zu Satz 3

Satz 3 stellt eine Übereinstimmung zum Kaufrecht (§ 434 Abs. 3 RE) auch hinsichtlich der Falschlieferung und der Zuweniglieferung her. Beide Erscheinungsformen spielen zwar beim Werkvertrag eine geringere Rolle als beim Kaufvertrag, sind aber auch hier nicht ohne Bedeutung.

Zu Absatz 3

Die Vorschrift übernimmt für den Werkvertrag die Beschreibung des Rechtsmangels aus § 435 Satz 1 RE.

Zu § 634 – Rechte des Bestellers bei Mängeln

§ 634 RE übernimmt für das Werkvertragsrecht eine dem § 437 RE entsprechende Regelung. Auf die Ausführungen zur Begründung dieser Bestimmung kann deshalb an dieser Stelle zunächst Bezug genommen werden. Es sind lediglich die folgenden ergänzenden Bemerkungen veranlasst:

Zu Nummer 1

Nacherfüllung

Durch den Werkvertrag wird der Werkunternehmer verpflichtet, das vereinbarte Werk mangelfrei herzustellen. Kommt er dieser Verpflichtung nicht nach, kann der Besteller Nacherfüllung verlangen. Zu entscheiden ist, ob der Werkunternehmer diesen Anspruch des Bestellers auch durch Herstellung eines neuen Werks erfüllen kann und wem die Wahl zwischen Mängelbeseitigung oder Neuherstellung zusteht.

Im geltenden Recht kann der Besteller nach dem bisherigen § 633 Abs. 2 Satz 1 die Beseitigung des Mangels verlangen, wenn das Werk mit Fehlern behaftet ist oder nicht die zugesicherten Eigenschaften hat. Der zur Nachbesserung verpflichtete Werkunternehmer hat gemäß dem bisherigen § 633 Abs. 2 Satz 2 in Verbindung mit § 476a auch die zum Zwecke der

Nachbesserung erforderlichen Aufwendungen zu tragen. Erfordert die Beseitigung des Mangels einen unverhältnismäßigen Aufwand, kann sie der Werkunternehmer verweigern (bisheriger § 633 Abs. 2 Satz 3).

Der Besteller hat gemäß dem bisherigen § 633 Abs. 2 nur einen Anspruch auf Mängelbeseitigung. Nach dem Wortlaut der Vorschrift kann er eine Neuherstellung selbst dann nicht verlangen, wenn die Nachbesserung für ihn unzumutbar ist. Andererseits ist auch dem Werkunternehmer nicht freigestellt, ob er das fehlerhafte Werk nachbessert oder ein neues Werk herstellt.

Der Entwurf regelt den Nacherfüllungsanspruch im Einzelnen in § 635 RE, auf den § 634 Nr. 1 RE verweist. Die Grundstruktur ähnelt derjenigen der entsprechenden kaufrechtlichen Vorschrift des § 439 RE, weicht allerdings hinsichtlich der Frage, wem das Wahlrecht zwischen den verschiedenen Arten der Nacherfüllung zustehen soll, von der kaufrechtlichen Lösung bewusst ab. Die weiteren Einzelheiten finden sich in den Erläuterungen zu § 635 RE.

Zu Nummer 2

Selbstvornahme

Kommt der Werkunternehmer dem Nacherfüllungsbegehren des Bestellers nicht nach oder schlägt die Nacherfüllung fehl, stellt sich die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen der Besteller den Mangel selbst beseitigen kann. Auch erscheint klärungsbedürftig, ob der Besteller die durch die Selbstbeseitigung entstehenden Kosten zunächst aufwenden muss oder ob er vom Werkunternehmer einen Vorschuss verlangen kann.

Im geltenden Recht bestimmt der bisherige § 633 Abs. 3, dass der Besteller den Mangel selbst beseitigen und Ersatz der erforderlichen Aufwendung verlangen kann, wenn der Werkunternehmer mit der Beseitigung des Mangels im Verzug ist. Das Ersatzvornahmerecht des Bestellers setzt Verzug des Werkunternehmers mit der Mängelbeseitigung voraus. Notwendig ist also stets, dass der Werkunternehmer dem Mängelbeseitigungsverlangen des Bestellers schuldhaft nicht nachgekommen ist. Dieses von einem Verschulden des Werkunternehmers abhängige Selbstvornahmerecht ist nicht sachgerecht. Auch fehlt eine Regelung, ob der Besteller, der den Mangel selbst beseitigen will, vom Werkunternehmer einen Vorschuss für die erforderlichen Aufwendungen verlangen kann.

§ 637 RE übernimmt den Regelungsgehalt des bisherigen § 633 Abs. 3, verzichtet aber auf das Erfordernis des Verzugs im Sinne einer schuldhaften Verzögerung der Mängelbeseiti-

gung und ergänzt die Vorschrift um den Anspruch des Bestellers auf Vorschuss für die zur Beseitigung des Mangels erforderlichen Aufwendungen.

§ 634 Nr. 2 Fall 1 RE nennt diese Vorschrift, auf deren Erläuterung wegen der weiteren Einzelheiten verwiesen wird.

Rücktritt

Kommt der Werkunternehmer dem Nacherfüllungsbegehren des Bestellers nicht nach oder schlägt die Nacherfüllung fehl und macht der Besteller von seinem Selbstbeseitigungsrecht keinen Gebrauch, ist dem Besteller die Möglichkeit einzuräumen, sich vom Vertrag zu lösen. Auch wenn der Rücktritt im Werkvertragsrecht mitunter praktische Schwierigkeiten auslöst und insbesondere bei Verträgen über Errichtung von Bauwerken auf einem Grundstück des Bestellers technisch nicht durchführbar ist, kann auf ein Rücktrittsrecht des Bestellers im Gesetz nicht verzichtet werden. Das gebietet zunächst das Interesse des Bestellers, dem bei einem Mangel des Werkes mit einer Minderung des Werklohns nicht immer gedient ist, solange nicht wegen vollständiger Wertlosigkeit des Werkes der Werklohn voll herauszugeben ist. Die Rückabwicklung des Vertrags statt Minderung des Werklohns kann auch für den Werkunternehmer interessengerecht sein, zum Beispiel für den Bauträger, der neben der Errichtung des Bauwerks die Übereignung des Grundstücks schuldet und nach Rücktritt des Bestellers vom Vertrag das Objekt anderweitig verwerten kann. Ist Gegenstand des Werkvertrags z. B. eine Maschine, ist dem Besteller mit einer Kürzung des Werklohns nicht gedient, wenn die technisch komplizierte Reparatur nur von Leuten des Werkunternehmers vorgenommen werden kann, der sie aber verweigert hat. Hier muss dem Besteller die Möglichkeit bleiben, vom Vertrag zurückzutreten, um sich die Maschine bei einem anderen Werkunternehmer zu beschaffen.

§ 634 Nr. 2 RE betrifft in seinem zweiten Fall deshalb die Aufhebung des Werkvertrags durch den Besteller bei Mangelhaftigkeit des Werks. Zu erörtern ist, unter welchen Voraussetzungen der Besteller vom Vertrag zurücktreten kann.

Nach geltendem Recht gewährt der bisherige § 634 Abs. 1 dem Besteller nach erfolglosem Ablauf einer dem Werkunternehmer zur Mängelbeseitigung gesetzten Frist mit Ablehnungsandrohung einen Anspruch auf Wandelung des Vertrags; der Anspruch auf Beseitigung des Mangels ist ausgeschlossen. Ist die Beseitigung des Mangels unmöglich oder wird sie vom Werkunternehmer verweigert oder hat der Besteller ein besonderes Interesse an der Geltendmachung des Wandelungsanspruchs, bedarf es keiner Fristsetzung (bisheriger § 634

Abs. 2). Bei unerheblichen Mängeln ist die Wandelung ausgeschlossen (bisheriger § 634 Abs. 3).

Das Wandelungsrecht des Bestellers ist als Anspruch auf Rückgängigmachung des Vertrags ausgestaltet. Auch muss die gesetzte Nachfrist stets mit einer Ablehnungsandrohung verbunden sein. Diese Regelungen erschweren in der Praxis die Durchführung der Wandelung. Insbesondere entspricht die vom Besteller gesetzte Frist häufig nicht den Anforderungen des bisherigen § 634 Abs. 1 Satz 1.

Nummer 2 Fall 2 verweist für das Rücktrittsrecht auf die Vorschriften des allgemeinen Leistungsstörungsrechts, die auch für das Rücktrittsrecht des Bestellers ein angemessenes Regelungsmodell enthalten. Inhaltlich stimmt das mit dem Rücktritt nach dem bisherigen § 634 Abs. 1 und 3 überein, ersetzt wird aber das Recht zur Wandelung durch ein Rücktrittsrecht, das Gestaltungsrecht des Bestellers wird. Durch die Bezugnahme auf § 323 RE kommt zum Ausdruck, dass – wie nach dem bisherigen § 634 Abs. 1 Satz 3 – der Besteller erst nach fruchtlosem Ablauf einer von ihm dem Werkunternehmer zur Nacherfüllung bestimmten Frist vom Vertrag zurücktreten kann (§ 323 Abs. 1 RE). Auch wird damit erreicht, dass - wie nach dem bisherigen § 634 Abs. 3 - der Rücktritt wegen eines unerheblichen Mangels ausgeschlossen ist (vgl. § 323 Abs. 4 Satz 2 RE). Auf Grund der Verweisung ist der Rücktritt auch dann nicht möglich, wenn der Besteller für den Mangel des Werks allein oder weit überwiegend verantwortlich ist (vgl. § 323 Abs. 5 RE). Weiter ist durch die Bezugnahme auf § 323 Abs. 3 RE der Besteller bereits vor dem Eintritt der Fälligkeit zum Rücktritt berechtigt, wenn offensichtlich ist, dass die Voraussetzungen für das Rücktrittsrecht eintreten werden. Schließlich ist bei Unmöglichkeit der Nacherfüllung gemäß § 326 Abs. 1 Satz 3 RE die Möglichkeit zum Rücktritt ohne Fristsetzung eröffnet, wie nach dem bisherigen § 634 Abs. 2.

Minderung

Will der Besteller trotz mangelhafter Herstellung des Werks durch den Werkunternehmer am Vertrag festhalten, kann ihm nicht zugemutet werden, den vereinbarten Werklohn in voller Höhe zu leisten. In diesem Fall stellt sich die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen er den Werklohn entsprechend herabsetzen kann und welche Rechtsfolgen sich aus einer solchen Minderung des Werklohns ergeben. Dies regelt § 638 RE, auf den § 634 Nr. 2 Fall 3 RE verweist.

Im geltenden Recht gewährt der bisherige § 634 Abs. 1 dem Besteller nach erfolglosem Ablauf einer dem Werkunternehmer zur Mängelbeseitigung gesetzten Frist einen Anspruch auf Herabsetzung der Vergütung; der Anspruch auf Beseitigung des Mangels ist ausgeschlos-

sen. Ist die Beseitigung des Mangels unmöglich oder wird sie vom Werkunternehmer verweigert oder hat der Besteller ein besonderes Interesse an der Geltendmachung des Minderungsanspruchs, bedarf es keiner Fristbestimmung (bisheriger § 634 Abs. 2). Das Minderungsrecht ist als Anspruch auf Herabsetzung der Vergütung ausgestaltet. Die gesetzte Frist muss stets mit einer Ablehnungsandrohung verbunden sein. Diese Regelung sowie die Berechnung des Minderungsbetrags gemäß den bisherigen §§ 634 Abs. 4, 472 erschweren in der Praxis die Durchführung der Minderung. § 638 RE sieht hier Änderungen vor. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Erläuterungen zu dieser Vorschrift Bezug genommen.

Zu Nummer 3

Schadensersatz oder Ersatz vergeblicher Aufwendungen

Stellt der Werkunternehmer ein mangelhaftes Werk her, verletzt er eine Vertragspflicht. Hat er diese Pflichtverletzung zu vertreten, kann der Besteller Schadensersatz verlangen. Zu entscheiden ist, unter welchen weiteren Voraussetzungen dieser Schadensersatzanspruch geltend gemacht werden kann und welche Rechtsfolgen er nach sich zieht.

Im geltenden Recht kann der Besteller nach dem bisherigen § 635 statt der Wandelung oder Minderung Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, wenn der Mangel des Werks auf einem vom Werkunternehmer zu vertretenden Umstand beruht. Der bisherige § 635 gewährt dem Besteller einen Schadensersatzanspruch nur statt der Wandelung oder Minderung, nach deren Vollzug kann er Schadensersatz nicht mehr verlangen. Die Alternativität von Wandelung/Minderung und Schadensersatz ist - wie beim Kaufvertrag - unbefriedigend und wird zu Recht kritisiert (Nachweise bei MünchKomm/Soergel § 638 Rdn. 9; Soergel/Teichmann § 638 Rdn. 17; Palandt/Sprau, § 638 Rdn. 3).

Weit mehr Schwierigkeiten bereitet der Praxis die Abgrenzung des Schadensersatzanspruchs aus dem bisherigen § 635 zu den Ansprüchen aus positiver Forderungsverletzung wegen der Schäden, die mit Mängeln zusammenhängen (Mangelfolgeschäden). Die Abgrenzung ist erforderlich, weil für Ansprüche aus positiver Forderungsverletzung die kurzen Verjährungsfristen des bisherigen § 638 nicht gelten, sie auch nicht den Voraussetzungen des bisherigen § 634 Abs. 1 Satz 1 unterliegen. Alle Versuche, den „engeren" Mangelfolgeschaden, dessen Ersatz sich nach § 635 mit den kurzen Verjährungsfristen des § 638 richtet, von den „entfernteren" Mangelfolgeschäden, deren Ersatz nach den Regeln der positiven Forderungsverletzung innerhalb von dreißig Jahren verlangt werden kann, abzugrenzen,

sind nicht überzeugend und für die Rechtsanwendung wenig hilfreich. Die kasuistische Rechtsprechung hat keine eindeutigen Abgrenzungskriterien geschaffen (und konnte dies wohl auch nicht), da die Grenze zwischen mittelbaren, entfernteren Folgeschäden zu unmittelbaren, engeren Mangelfolgeschäden nur in jedem Einzelfall unter Berücksichtigung der Besonderheiten der Werkleistung gezogen werden kann.

§ 634 Nr. 3 RE regelt den Anspruch des Bestellers auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung bei Mangelhaftigkeit des Werks durch eine alle Schadensersatzansprüche umfassende Verweisung auf die allgemeinen Vorschriften.

Durch die Verweisung auf § 280 RE wird klargestellt, dass der Besteller, wenn die Pflichtverletzung vom Werkunternehmer zu vertreten ist, Ersatz seines Schadens verlangen kann, gleichgültig ob der Schaden durch den Mangel entstanden ist, nicht mit dem Mangel zusammenhängt oder zwar mit dem Mangel zusammenhängt, aber dessen entferntere Folge ist. Damit wird die überaus unbefriedigende Unterscheidung zwischen Mangelschaden, Mangelfolgeschaden und sonstigen Schäden entbehrlich. Zugleich ist damit die Möglichkeit geschaffen, für alle Schadensersatzansprüche wegen eines Mangels des Werks eine einheitliche Verjährungsfrist zu schaffen.

Die Verweisung auf § 281 RE bedeutet, dass der Besteller wegen eines Mangels des Werks selbst Schadensersatz erst verlangen kann, wenn die dem Werkunternehmer zur Nacherfüllung gesetzte Frist erfolglos abgelaufen ist. Diese Regelung entspricht dem geltenden Recht (bisheriger § 634 Abs. 1).

Abweichend vom geltenden Recht (bisheriger § 635) kann der Besteller Schadensersatz auch neben seinen weiteren Rechten auf Grund der Pflichtverletzung (Rücktritt oder Minderung) verlangen, wie § 325 RE klarstellt. Im Übrigen kann wegen der Parallelität der Regelung im Kaufrecht auf die Erläuterungen zu § 437 Nr. 3 RE Bezug genommen werden.

Zu § 634a – Verjährung der Mängelansprüche

Zu Absatz 1

Absatz 1 regelt die Verjährungsfristen der in § 634 RE bezeichneten Ansprüche auf Nacherfüllung, Aufwendungsersatz und Schadensersatz. Die Unwirksamkeit der in § 634 RE genannten Rücktritts- und Minderungsrechte im Falle der Verjährung des Nacherfüllungsan-

spruchs bestimmt sich nach § 218 RE und den hierauf verweisenden § 638 Abs. 5 RE (siehe hierzu auch die Vorbemerkungen zu § 438 RE).

Zu Nummer 1

In Nummer 1 wird die fünfjährige Verjährungsfrist des bisherigen § 638 Abs. 1 für Ansprüche wegen eines Mangels eines Bauwerks übernommen. Der Entwurf sieht keine Veranlassung, an dieser Frist etwas zu ändern. Dabei ist durchaus berücksichtigt, dass Mängel bei der Herstellung eines Bauwerks auch erst nach Ablauf von fünf Jahren auftreten können. In der Praxis wird in Fällen, in denen dies zuvor absehbar ist, eine Verlängerung der Verjährungsfrist vereinbart werden können. Im Gegensatz zur Grundregel des geltenden Rechts (§ 225) sieht nämlich der Entwurf - wie bereits erwähnt – in § 202 Abs. 2 RE die Möglichkeit einer Verlängerung der Verjährungsfrist bis zu einer Obergrenze von 30 Jahren vor. Berücksichtigt man andererseits, dass in einer Vielzahl von Fällen die Abgrenzung zwischen Mängeln und Abnutzungsschäden Schwierigkeiten bereitet, so muss die Verjährungsfrist von fünf Jahren als ein angemessener Ausgleich der Parteiinteressen angesehen werden.

Zu Nummer 2

Nach der Nummer 2 verjähren die Mängelansprüche bei einem Werk, das in einem anderen Erfolg als dem der Herstellung oder Veränderung einer Sache besteht, in der regelmäßigen Verjährungsfrist von drei Jahren (§ 195 RE). Dementsprechend richtet sich der Verjährungsbeginn u.a. nach dem Kenntnis- oder Erkennbarkeitskriterium gemäß § 199 Abs. 1 Nr. 2 RE.

Damit wird verjährungsrechtlich eine Trennlinie zwischen körperlichen Arbeitsprodukten und unkörperlichen Arbeitsergebnissen gezogen. Entlehnt ist diese Differenzierung dem § 631 Abs. 2.

Für die große Mehrzahl der Werkleistungen ist es im Interesse der Sicherheit des Geschäftsverkehrs erforderlich, hinsichtlich des Beginns der Verjährung von Mängelansprüchen allein auf das objektive Kriterium der Abnahme abzustellen (siehe Absatz 2) und damit in Kauf zu nehmen, dass Mängelansprüche verjähren können, bevor der Besteller überhaupt von ihnen Kenntnis genommen hat. Diese Auswirkungen werden bei körperlichen Arbeitsprodukten dadurch abgemildert, dass die Feststellung etwaiger Mängel gerade wegen der Verkörperung zumeist mit geringeren Schwierigkeiten behaftet ist. Bei unkörperlichen Arbeitsergebnissen hingegen ist es für den Besteller tendenziell schwieriger, etwaige Mängel festzustellen. Als Beispiel seien die Planungsleistungen von Architekten und Statikern ge-

nannt. Ob die Pläne mangelbehaftet sind, lässt sich häufig erst während der Bauausführung oder gar erst nach Fertigstellung des Bauwerks beurteilen. Bei Beratungsverträgen, die dem Werkvertragsrecht unterstehen, etwa wenn ein Unternehmensberater eine Risikoanalyse eines in Aussicht genommenen Projekts vornehmen soll, sind Mängel vielfach auch erst zu erkennen, wenn das Projekt verwirklicht wird.

Derartige Werke stehen den Dienstleistungen regelmäßig sehr nahe, weshalb die Einordnung als Werk- oder Dienstvertrag oft schwierig zu beurteilen ist. In dem Bereich der immateriellen Arbeitsergebnisse ist daher die Situation des Bestellers gegenüber dem Unternehmer vergleichbar mit der des Dienstberechtigten gegenüber dem Dienstverpflichteten. Auch beim Dienstvertrag unterliegen die Ansprüche des Dienstberechtigten wegen einer (in der mangelhaften Dienstleistung liegenden) Pflichtverletzung den Vorschriften über die regelmäßige Verjährungsfrist und ihren Beginn. Somit wird durch die hier vorgesehen Unterscheidung auch ein Wertungsgleichklang erreicht.

Zu Nummer 3

Nach der Nummer 3 gilt „im Übrigen“ eine Verjährungsfrist von zwei Jahren. Hierunter fallen die Mängelansprüche bei Werken, die in der Herstellung oder Veränderung von Sachen mit Ausnahme der Bauwerke bestehen (vgl. Nummer 1 und 2).

Wie im Kaufrecht wird auch im Werkvertragsrecht die nach dem bisherigen § 638 Abs. 1 Satz 1 geltende sechsmonatige Verjährungsfrist vervierfacht. Insoweit gelten die zu § 438 Abs. 1 Nr. 3 RE gemachten Ausführungen entsprechend.

Mit der allgemeinen Verjährungsfrist von zwei Jahren für Werkmängelansprüche wird eine Sonderregelungen für Arbeiten an einem Grundstück entbehrlich. Die bislang geltende einjährige Verjährungsfrist bei Arbeiten an einem Grundstück (bisheriger § 638 Abs. 1 Satz 1) wird damit verdoppelt.

Zu Absatz 2

Nach Absatz 2 beginnt die in Absatz 1 Nr. 1 und 3 bestimmte Verjährung der Werkmängelansprüche mit der Abnahme. Dies entspricht dem bisherigen § 638 Abs. 1 Satz 2. Soweit die Ansprüche in den Fällen des Absatzes 1 Nr. 2 in der regelmäßigen Verjährungsfrist verjähren, richtet sich der Verjährungsbeginn naturgemäß nach § 199 Abs. 1 RE, wonach die Fäl-

ligkeit des Anspruchs und die Kenntnis bzw. grob fahrlässige Unkenntnis von den anspruchsbegründenden Umständen und der Person des Schuldners maßgebend sind.

Zu Absatz 3

Nach Absatz 3 verjähren abweichend von Absatz 1 Nr. 1 und 3 die Ansprüche in der regelmäßigen Verjährungsfrist, wenn der Unternehmer den Mangel arglistig verschwiegen hat. Auch nach dem bisherigen § 638 Abs. 1 Satz 1 findet in den Arglistfällen die regelmäßige Verjährungsfrist Anwendung. Die Regelung des Absatzes 3 entspricht der kaufvertraglichen Parallelvorschrift des § 438 Abs. 3 RE, auf dessen Begründung Bezug genommen wird.

Zu Absatz 4

Absatz 4 tritt an die Stelle der in dem bisherigen § 639 Abs. 1 enthaltenen Verweisung auf den geltenden § 478. Hinsichtlich der Ausgestaltung der Vorschrift wird auf die Begründung zu § 438 Abs. 4 RE verwiesen.

Zu § 635 - Nacherfüllung

Zu Absatz 1

Die Vorschrift räumt dem Besteller bei einem Mangel des Werks einen Nacherfüllungsanspruch ein. Verlangt der Besteller Nacherfüllung, hat der Unternehmer nach seiner Wahl das Werk nachzubessern oder ein neues Werk herzustellen.

Inhaltlich stimmt die Regelung mit dem geltenden Recht überein. Zwar gewährt der bisherige § 633 Abs. 2 Satz 1 dem Besteller nur einen Anspruch auf Mängelbeseitigung. Auch ist ein Wahlrecht des Unternehmers nicht ausdrücklich vorgesehen. Rechtsprechung und Schrifttum gehen jedoch einhellig davon aus, dass eine umfassende Mängelbeseitigung auch zu einem vollständigen Ersatz der bisher mangelhaft erbrachten Leistungen durch neue mangelfreie führen kann, wenn anders der mit der Mängelbeseitigung verfolgte Zweck verfehlt würde (BGHZ 96, 111, 118; Palandt/Sprau Rdn. 3 vor § 633). Ebenso wird es dem Unternehmer nach Treu und Glauben gestattet, ein von ihm nachzubesserndes Werk neu herzustellen (BGHZ 96, 111, 119). Diese in Rechtsprechung und Schrifttum vertretene Auffassung soll in der Neuregelung zum Ausdruck kommen. Abweichend vom Wortlaut des bisherigen § 633 Abs. 2 Satz 1 kann daher der Besteller bei Mangelhaftigkeit des Werks nicht Beseitigung des Mangels, sondern allgemein Nacherfüllung verlangen. Dem Unternehmer steht es

frei, ob er dem Nacherfüllungsbegehren des Bestellers durch Nachbesserung nachkommt oder ob er - falls das für ihn günstiger ist – das Werk völlig neu herstellt.

Das Wahlrecht soll nicht dem Besteller zustehen. Die gegenteilige Entscheidung beim Kaufvertrag zugunsten des Käuferwahlrechts in § 439 Abs. 1 RE beruht im Wesentlichen auf den Vorgaben der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie. Da § 651 RE sämtliche der Richtlinie unterfallenden Werkverträge dem Kaufrecht unterstellt, bestehen insoweit auch keine Umsetzungsverpflichtungen im Werkvertragsrecht mehr. Hinsichtlich der verbleibenden Werkverträge ist der deutsche Gesetzgeber daher nicht mehr durch die Richtlinie gebunden. Die Interessenlage ist beim Werkvertrag auch anders: Sein Inhalt geht nämlich über einen bloßen Austausch bereits bestehender Leistungsgegenstände hinaus. Das Werk selbst muss vielmehr erst noch hergestellt werden. Da deshalb der Werkunternehmer viel enger mit dem Produktionsprozess selbst befasst ist als der Verkäufer, sollte auch ihm die Wahl überlassen bleiben, auf welche Weise er dem Nacherfüllungsbegehren des Bestellers nachkommt. In der Regel kann auch der Unternehmer auf Grund seiner größeren Sachkunde leichter entscheiden, ob der Mangel durch Nachbesserung behoben werden kann oder ob es hierfür notwendig ist, das Werk insgesamt neu herzustellen - eine Maßnahme, die letztlich sogar kostengünstiger sein kann.

Die berechtigten Interessen des Bestellers werden dadurch nicht in unzumutbarer Weise beeinträchtigt: Er hat ein Recht darauf, dass das Werk mangelfrei hergestellt wird. Ob dies durch Nachbesserung oder Neuherstellung geschieht, ist für ihn grundsätzlich ohne Bedeutung. Ist die eine oder die andere Art der Nacherfüllung für ihn nicht zumutbar, kann er auch ohne eine ausdrückliche Klarstellung im Gesetzestext aus dem Grundsatz von Treu und Glauben die Annahme der vom Hersteller angebotenen Nacherfüllung ablehnen. Das Risiko, eine falsche Wahl zu treffen, wird dem Besteller genommen.

Zu Absatz 2

Absatz 2 sieht vor, dass der Werkunternehmer die zum Zweck der Nacherfüllung erforderlichen Aufwendungen zu tragen hat. Die Bestimmung entspricht dem geltenden Recht (bisheriger § 633 Abs. 2 Satz 2 in Verbindung mit § 476a Satz 1) und dem § 439 Abs. 2 RE im Kaufrecht.

Zu Absatz 3

Die Vorschrift begrenzt den Anspruch des Bestellers auf Nacherfüllung.

Aus der allgemeinen Vorschrift des § 275 RE ergibt sich, dass der Werkunternehmer nicht zur Nacherfüllung verpflichtet ist, soweit und solange sie ihm nicht möglich (§ 275 Abs. 1 RE) oder nicht zumutbar (§ 275 Abs. 2 RE) ist. Diese Regelung stimmt inhaltlich mit dem bisherigen § 633 Abs. 2 Satz 3 überein. Zwar sieht das geltende Recht eine Verweigerung der Mängelbeseitigung durch den Unternehmer nur dann vor, wenn sie einen unverhältnismäßigen Aufwand erfordert. Eine solche Unverhältnismäßigkeit wird von der Rechtsprechung aber vor allem angenommen, wenn die Mängelbeseitigung für den Unternehmer nach Treu und Glauben nicht zumutbar ist (BGH, NJW 1973, 138, 139). Es ist daher sachgerecht, wenn die Regeln des allgemeinen Leistungsstörungsrechts insoweit auch für die Verpflichtung des Werkunternehmers zur Nacherfüllung gelten. Auf diese Weise wird der Nacherfüllungsanspruch des Bestellers insbesondere in den Fällen eingeschränkt, in denen der Mangel des Werks auf einem Verschulden eines Lieferanten des Werkunternehmers beruht und der Werkunternehmer die Mangelhaftigkeit des Werks nicht zu vertreten hat. Hier wird dem Werkunternehmer eine Nacherfüllung regelmäßig nicht zumutbar sein.

§ 635 Abs. 3 RE ergänzt daher die allgemeine Vorschrift des § 275 RE in ähnlicher Weise, wie das oben zu § 439 RE im Kaufrecht dargestellt wurde. Abweichungen ergeben sich nur daraus, dass sich hier die Unmöglichkeit bzw. die Einreden aus § 275 Abs. 2 bzw. § 635 Abs. 3 RE von vornherein auf den Nacherfüllungsanspruch insgesamt und nicht auf die einzelnen Arten der Nacherfüllung beziehen, weil der Anspruch des Bestellers nur auf Nacherfüllung, nicht aber auf eine ihrer Arten gerichtet ist. Mit § 635 Abs. 3 RE wird die Pflicht des Werkunternehmers zur Nacherfüllung eingeschränkt, wenn ein Mangel des Werks nur durch unverhältnismäßige Kosten beseitigt werden kann. In einem solchen Fall soll der Werkunternehmer auch dann von der Nacherfüllung befreit sein, wenn ihm diese unter Umständen noch zumutbar ist.

Zu Absatz 4

Absatz 4 räumt dem Werkunternehmer, der Nacherfüllung in Form der Herstellung eines neuen Werks leistet, einen Anspruch auf Rückgewähr des mangelhaften Werks nach den §§ 346 bis 348 RE ein, da anderenfalls fraglich sein könnte, ob er das mangelhafte Werk vom Besteller nach den Vorschriften des Rücktrittsrechts oder nach den Bestimmungen über die ungerechtfertigte Bereicherung herausverlangen kann. Die Vorschrift entspricht § 439 Abs. 4 RE im Kaufrecht.

Zu § 636 – Besondere Bestimmungen für Rücktritt und Schadensersatz

Die Vorschrift entspricht inhaltlich und in ihrer Funktion dem § 440 Satz 1 RE im Kaufrecht, weshalb zunächst auf die dort zur Erläuterung erfolgten Ausführungen Bezug genommen werden kann. Durch die in § 636 RE geregelte Verweisung auf § 281 Abs. 2 RE wird zum Ausdruck gebracht, dass - wie auch in dem bisherigen § 634 Abs. 2 vorgesehen - in gewissen, in § 281 Abs. 2 RE aufgeführten Fällen die Bestimmung einer Frist entbehrlich ist. Darüber hinaus bedarf es einer Frist auch dann nicht, wenn die Nacherfüllung fehlgeschlagen oder dem Besteller unzumutbar ist. Entsprechendes gilt wegen der Verweisung auf § 323 Abs. 2 RE für den Rücktritt vom Werkvertrag und – wegen § 638 Abs. 1 Satz 1 RE – für die Minderung des Werklohns.

Zu § 637 - Selbstvornahme

Zu Absatz 1

Absatz 1 sieht entsprechend dem geltenden Recht vor, dass der Besteller unter gewissen Voraussetzungen berechtigt ist, selbst den Mangel zu beseitigen und Ersatz der hierfür notwendigen Aufwendungen zu verlangen. An diesem Mängelbeseitigungsrecht, das für die Praxis von großer Bedeutung ist, hält der Entwurf weiter fest.

Abweichend von dem bisherigen § 633 Abs. 3 wird das Ersatzvornahmerecht des Bestellers aber nicht von dem Verzug des Werkunternehmers mit der Mängelbeseitigung, sondern von dem erfolglosen Ablauf einer vom Besteller gesetzten angemessenen Frist zur Nacherfüllung abhängig gemacht. Bereits nach geltendem Recht kann Verzug des Werkunternehmers mit der Mängelbeseitigung nur dann angenommen werden, wenn dem Werkunternehmer nach Zugang der Mahnung eine angemessene Frist für die Behebung des Mangels eingeräumt wurde (vgl. MünchKomm/Soergel, § 633 Rdn. 143). Es ist daher sachgerecht, in Zukunft nicht mehr auf Verzug des Bestellers, sondern allein auf eine Fristsetzung abzustellen. Danach kommt es nicht mehr darauf an, ob die ausgebliebene Nacherfüllung vom Werkunternehmer zu vertreten ist oder nicht. Dies kann der Besteller in aller Regel nicht beurteilen. Auf Grund der Unzuverlässigkeit des Werkunternehmers wird er nicht mehr das Vertrauen haben, dass dieser die erforderliche Nachbesserung ordnungsgemäß ausführen wird. Der Besteller hat bereits dann ein berechtigtes Interesse, selbst den Mangel beseitigen zu lassen. Mit dem Erfordernis der Fristsetzung werden einheitliche Voraussetzungen für das Selbst-

vornahmerecht des Bestellers, den Rücktritt des Bestellers vom Vertrag und die Minderung des Werklohns durch den Besteller geschaffen.

Hat der Werkunternehmer die Nacherfüllung verweigert, weil sie einen unverhältnismäßigen Aufwand erfordert (§ 635 Abs. 3 RE), muss auch das Recht des Bestellers, den Mangel selbst zu beseitigen und vom Werkunternehmer Ersatz unverhältnismäßig hoher Aufwendungen zu verlangen, ausgeschlossen sein. Dies bestimmt der letzte Halbsatz des Absatzes 1.

Zu Absatz 2

Zu Satz 1

Satz 1 verweist auf § 323 Abs. 2 RE. In den dort genannten Ausnahmefällen setzt das Ersatzvornahmerecht des Bestellers deshalb nicht die Bestimmung und den Ablauf einer Frist voraus. Der Besteller braucht eine Frist zur Nacherfüllung danach nicht zu setzen, wenn sie offensichtlich erfolglos wäre, der Werkunternehmer also zur Mängelbeseitigung nicht in der Lage ist. Einer Fristsetzung bedarf es auch dann nicht, wenn dem Werkvertrag ein Fixgeschäft zugrunde liegt, z. B. bei einem Vertrag über eine bis zu einem bestimmten Zeitpunkt fertigzustellende Autoreparatur. Schließlich bedarf es keiner Fristsetzung, wenn sie aus besonderen Gründen unter Abwägung der beiderseitigen Interessen entbehrlich erscheint.

Zu Satz 2

Zusätzlich sieht Satz 2 vor, dass eine Frist auch dann nicht bestimmt werden muss, wenn die Mängelbeseitigung fehlgeschlagen oder dem Besteller unzumutbar ist. Dies entspricht der bereits im Kaufrecht zu § 439 Abs. 2 RE und oben zu § 636 RE im Zusammenhang mit dem Ausschluss des Rücktrittsrechts erörterten Regelung. Eine Unzumutbarkeit wird hier allerdings nicht häufig in Betracht kommen: Sie kann sich in diesem Zusammenhang nur auf die Unzumutbarkeit der Nacherfüllung gerade durch den Werkunternehmer beziehen, da der Besteller den mit der Nacherfüllung herbeizuführenden Erfolg, nämlich das mangelfreie Werk, ja gerade im Wege der Ersatzvornahme erreichen will. Man kann hier – wie auch schon im Kaufrecht – die Unzumutbarkeit auch als einen Unterfall des Fehlschlagens verstehen. Im Interesse eines Gleichlaufs mit dem Kaufrecht, dort veranlasst durch die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, soll dieses Kriterium dennoch neben dem Fehlschlagen gesondert genannt werden.

Zu Absatz 3

Nach h. M. (vgl. BGHZ 47, 272; 68, 373, 378; Palandt/Sprau, § 633 Rdn. 9) kann der Besteller von dem Werkunternehmer die Zahlung eines Vorschusses für die voraussichtlich entstehenden Mängelbeseitigungskosten verlangen. Dieser Vorschussanspruch soll in Anlehnung an § 669 ausdrücklich geregelt werden.

Zu § 638 – Minderung

Zu Absatz 1

Zu Satz 1

Satz 1 entspricht dem geltenden Recht (bisheriger § 634 Abs. 1 und 3), regelt die Minderung aber als Gestaltungsrecht. Er sieht durch die Bezugnahme auf das Rücktrittsrecht („Statt zurückzutreten“) ebenso wie § 441 Abs. 1 Satz 1 RE im Kaufrecht vor, dass der Besteller - wie nach dem bisherigen § 634 Abs. 1 Satz 3 - erst nach fruchtlosem Ablauf einer von ihm dem Werkunternehmer zur Nacherfüllung bestimmten angemessenen Frist mindern kann.

Zu Satz 2

Satz 2 erklärt – ebenso wie § 441 Abs. 1 Satz 2 RE im Kaufrecht – den Ausschlussgrund des § 323 Abs. 4 Satz 2 RE für die Minderung nicht für anwendbar. Deshalb ist ebenso wie für die Minderung im geltenden Recht (bisheriger § 634 Abs. 3), jedoch anders als beim Rücktrittsrecht nach § 634 Nr. 2 in Verbindung mit § 323 RE eine Herabsetzung des Werklohns durch den Besteller grundsätzlich auch dann möglich, wenn der Mangel den Wert oder die Tauglichkeit des Werks nur unerheblich mindert.

Zu Absatz 2

Absatz 2 betrifft die Minderung bei Besteller- oder Unternehmermehrheit. Auf Grund der Regelung der Minderung als Gestaltungsrecht kann die Vorschrift des bisherigen § 474, die über den bisherigen § 634 Abs. 4 auch für den Werkvertrag anwendbar ist, nicht beibehalten werden. Vielmehr ist - entsprechend § 351 RE (bisheriger § 356) – eine Unteilbarkeit der Minderung vorzusehen (vgl. schon die Begründung zu § 441 Abs. 2 RE im Kaufrecht). Bei der Beteiligung mehrerer soll die Minderung deshalb nicht auf einzelne beschränkt werden;

sie kann nur einheitlich erklärt werden. Besonderheiten aus einem Innenverhältnis (etwa Gesamthandsverhältnis oder Wohnungseigentümergemeinschaft) bleiben unberührt.

Zu Absatz 3

Absatz 3 regelt die Berechnung der Minderung in einer dem § 441 Abs. 3 RE im Kaufrecht weitgehend entsprechender Weise. Abweichend vom geltenden Recht (bisheriger § 634 in Verbindung mit § 472 Abs. 1) sieht Absatz 3 nicht die relative Berechnungsmethode vor (vgl. die Begründung zu § 441 Abs. 3 RE). Dementsprechend gilt eine Regelung, die an den vereinbarten Werklohn anknüpft. Nach dessen Höhe ist in relativer Berechnungsweise der Minderungsbetrag zu berechnen.

Während nach § 441 Abs. 3 Satz 2 RE beim Kaufvertrag der Wert im Zeitpunkt des Vertragsschlusses maßgebend ist, kann es beim Werkvertrag hierauf nicht ankommen. Der Kauf betrifft regelmäßig eine schon vorhandene Sache, deren Wert feststeht; dagegen zielt der Werkvertrag auf die Herstellung eines Werks, das bei Abschluss des Vertrags noch nicht besteht. Nach der Rechtsprechung (BGHZ 58, 181, 183) ist beim Bauvertrag für die Wertbestimmung auf die Fertigstellung oder die Abnahme des Werks abzustellen; dieser Zeitpunkt ist auch für andere Werkleistungen sachgerecht, da erst jetzt überhaupt eine Wertbestimmung möglich ist.

Die Berechnung des Minderungsbetrags ist dagegen nicht von den Kosten der Nachbesserung abhängig. Diese können besonders hoch sein und stünden dann zur Leistung des Werkunternehmers in einem auffälligen Missverhältnis. Nicht vorgesehen wird auch, bei der Berechnung des Minderungsbetrags subjektive Gesichtspunkte zu berücksichtigen. Wird durch den Mangel des Werks ein Affektionsinteresse des Bestellers verletzt, kann der Werkunternehmer unter Umständen bereits nach § 635 Abs. 3 RE die Nacherfüllung verweigern, wenn sie einen unverhältnismäßigen Aufwand erfordert. Subjektive Erwartungen und Vorstellungen können bei der insoweit gebotenen umfassenden Interessenabwägung besser berücksichtigt werden als bei der Minderung.

Eine dem bisherigen § 472 Abs. 2 entsprechende Regelung über die Minderung bei der Herstellung mehrerer Werkleistungen ist nicht notwendig. Die Vorschrift hat sich in der Praxis als überflüssig erwiesen.

Eine Regelung über die Berechnung des Minderungsbetrags bei Mitverantwortung des Bestellers für den Werkmangel ist ebenfalls nicht erforderlich. In welchem Verhältnis der Minde-

rungsbetrag herabzusetzen ist, wenn der Besteller den Werkunternehmer z. B. falsch angewiesen oder ihm fehlerhaftes Material überlassen hat, richtet sich nach den allgemeinen Vorschriften sowie nach dem - auch bei Berechnung des Minderungsbetrags anwendbaren - Rechtsgedanken des § 254. Praktisch bedeutsam sind insoweit im Übrigen in erster Linie die Fälle der Lieferung fehlerhaften Materials durch den Besteller. Soll nach dem Vertrag der Werkunternehmer hieraus eine bewegliche Sache herstellen, so ist gemäß § 651 RE auf einen solchen Vertrag ohnehin Kaufrecht anzuwenden, für das § 651 Satz 2 in Verbindung mit § 442 Abs. 1 Satz 1 RE ausdrücklich einen Ausschluss der Gewährleistung für den Fall vorsieht, dass der Mangel auf den vom Käufer gelieferten Stoff zurückzuführen ist.

§ 638 Abs. 3 Satz 2 RE bestimmt ebenso wie § 441 Abs. 3 Satz 3 RE für das Kaufrecht, dass erforderlichenfalls der Minderungsbetrag durch Schätzung zu ermitteln ist.

Zu Absatz 4

Hat der Besteller den Werklohn bereits ganz oder teilweise gezahlt, steht ihm nach der Minderung gemäß Absatz 4 ein Anspruch auf Rückzahlung des geleisteten Mehrbetrags nach Rücktrittsrecht zu. Auch dies entspricht dem Kaufrecht, § 441 Abs. 4 RE.

Zu Absatz 5

Absatz 5 erklärt die §§ 218 und 634a Abs. 4 RE, die das Rücktrittsrecht betreffen, für entsprechend anwendbar. Dadurch wird – wie auch im Kaufrecht (§ 441 Abs. 5 RE) – die verjährungsrechtliche Konsequenz aus der Umgestaltung der Minderung zu einem Gestaltungsrecht gezogen. Der Werkunternehmer kann sich also auch gegenüber der Minderungserklärung des Bestellers mit der Wirkung des § 218 RE auf die Verjährung des Nacherfüllungsanspruchs gemäß § 634a RE berufen und gegenüber einem noch nicht verjährten Vergütungsanspruch die Einrede gemäß § 634a Abs. 4 RE erheben, die mit gewissen Modifikationen (Verzicht auf die Mängelanzeige) geltendem Recht entspricht (bisher § 639 Abs. 1, § 478).

Zu Nummer 39 – Umstellung des bisherigen § 637 und Aufhebung des § 639

§ 639, der durch die neuen Verjährungsregelungen abgelöst wird, ist aufzuheben; § 637 tritt an seine Stelle.

Zu Nummer 40 – Änderung des § 640 Abs. 2

Es handelt sich um eine redaktionelle Anpassung an die geänderte Paragraphenfolge im Werkvertragsrecht ohne eine inhaltliche Änderung. Auf § 634 Nr. 3 RE, der den Schadensersatzanspruch regelt, wird nicht verwiesen; dies entspricht geltendem Recht: Auch der bisherige § 640 Abs. 2 nennt nur die bisherigen §§ 633 und 634.

Zu Nummer 41 – Änderung des § 644 Abs. 2

Es handelt sich um eine redaktionelle Anpassung an die geänderte Paragraphenfolge im Kaufrecht, wo die Gefahrtragung beim Versendungskauf nun in § 446 RE geregelt ist.

Zu Nummer 42 – Änderung des § 646

Es handelt sich um eine redaktionelle Anpassung an die geänderte Paragraphenfolge im Werkvertragsrecht.

Zu Nummer 43 – Neufassung des § 651

Zu Satz 1

Der bisherige § 651 enthält eine Sonderregelung für den Fall, dass das Werk aus einem vom Werkunternehmer zu beschaffenden Stoff herzustellen ist. Dabei wird unterschieden zwischen der Herstellung vertretbarer und nicht vertretbarer Sachen. Auf die Herstellung vertretbarer Sachen finden nach dem bisherigen Absatz 1 Satz 2 Halbsatz 1 die Vorschriften über den Kauf Anwendung. Absatz 1 Satz 2 Halbsatz 2 sieht für nicht vertretbare Sachen mit Hilfe einer recht komplizierten Verweisung die Anwendung teils des Kaufvertragsrechts, teils des Werkvertragsrechts vor. Absatz 2 schreibt, wenn der Werkunternehmer ausschließlich Nebensachen zu beschaffen hat, die alleinige Anwendung des Werkvertragsrechts vor. Ein Mangel dieser Regelung liegt in der unübersichtlichen Verweisung auf einzelne Vorschriften des Kauf- und Werkvertragsrechts.

§ 651 wird deshalb völlig neu gefasst und stark vereinfacht. Künftig finden ausschließlich die Vorschriften über den Kauf Anwendung, wenn die Lieferung herzustellender oder zu erzeugender beweglicher Sachen Gegenstand des Vertrags ist. Der bisherige § 651 hat seinen Grund in den erheblichen Unterschieden zwischen Kauf- und Werkvertrag bei der Haftung für Sachmängel. Der fehlende Nacherfüllungsanspruch beim Kaufvertrag, die nicht sofort mögliche Wandelung und Minderung beim Werkvertrag sowie die unterschiedlichen Gewährleistungsfristen bei Bauwerken geben der Zuordnung zu einem der Vertragstypen er-

hebliche Bedeutung. Da der Entwurf diese Unterschiede beseitigen will, entfällt das Bedürfnis nach einem gesonderten Typus des Werklieferungsvertrags.

Es ist deshalb gerechtfertigt, Kaufrecht auf sämtliche Verträge mit einer Verpflichtung zur Lieferung herzustellender oder zu erzeugender Sachen anzuwenden. Die Fälle der zu erzeugenden Sachen dürften ohnehin regelmäßig auch ohne besondere Regelung dem Kaufrecht unterfallen. Es dürfte sich nahezu ausschließlich um Gattungskäufe handeln. Aber auch bei der Herstellung nicht vertretbarer Sachen, auf die nach bisherigem Recht Werkvertragsrecht anzuwenden wäre, kann Kaufrecht zur Anwendung kommen. Dies ist nach bisherigem Recht problematisch, weil die Herstellungsverpflichtung im Kaufrecht insbesondere bei der Sachmängelhaftung keine angemessene Berücksichtigung findet. Es fehlt vor allem ein Nachbesserungsanspruch. Die weitgehende Angleichung der Mängelhaftung bei den Vertragstypen Kauf- und Werkvertrag, wie sie der Entwurf vornimmt, nimmt der Einordnung eines Vertrags ihre Bedeutung und lässt es in weit größerem Umfang als nach bisherigem Recht zu, auch Verträge mit einer Herstellungsverpflichtung dem Kaufrecht zu unterstellen.

§ 651 RE trägt damit auch Artikel 1 Abs. 4 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie Rechnung; danach gelten als Kaufverträge im Sinne der Richtlinie auch Verträge über die Lieferung herzustellender oder zu erzeugender Verbrauchsgüter. So entfällt auch die Notwendigkeit, im Werkvertragsrecht besondere Bestimmungen über den Verbrauchsgüterkauf bzw. –werkvertrag für die unter die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie fallenden Werkverträge vorzusehen.
§ 651 RE entspricht ferner weitgehend Artikel 3 Abs. 1 UN-Kaufrecht; dort sind allerdings ausgenommen die Fälle, in denen der Besteller einen wesentlichen Teil der zur Herstellung oder Erzeugung notwendigen Stoffe selbst zur Verfügung zu stellen hat. Diese Einschränkung hat die Richtlinie, die sich im Übrigen bei dieser Frage an dem UN-Kaufrecht orientiert, nicht mit übernommen.

§ 651 RE ist im Übrigen – dem Anwendungsbereich der Richtlinie folgend – auf bewegliche Sachen beschränkt. Von dem Anwendungsbereich des Werkvertragsrechts erfasst bleiben damit im wesentlichen die Herstellung von Bauwerken, reine Reparaturarbeiten und die Herstellung nicht-körperlicher Werke wie zum Beispiel die Planung eines Architekten oder die Erstellung von Gutachten.

Zu Satz 2

Satz 2 enthält eine Besonderheit bei der Anwendung des Kaufrechts auf die in Satz 1 genannten Werkverträge. Sie bezieht sich auf § 442 Abs. 1 Satz 1 RE, der den Ausschluss der

Rechte des Käufers bei Kenntnis vom Mangel betrifft. Dieser Ausschluss wird ausgedehnt auf die Fälle, in denen der Mangel auf den vom Besteller gelieferten Stoff zurückzuführen ist. Dies entspricht dem letzten Fall des Artikels 2 Abs. 3 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, der unter diesen Voraussetzungen einen Mangel verneint. Diese Konstellation kann nur dann eintreten, wenn aus diesem gelieferten Stoff eine Sache herzustellen ist, es sich mithin um einen der Werkverträge handelt, auf die die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie gemäß Artikel 1 Abs. 4 Anwendung findet. Deshalb soll dieser Fall im Zusammenhang mit der Bestimmung geregelt werden, die das Kaufrecht auf derartige Werkverträge für entsprechend anwendbar erklärt.

Zu Nummer 44 – Änderung des § 651a

Zu Buchstabe a

Die Änderung ist dadurch veranlasst, dass die Verordnungsermächtigung aus Absatz 5 herausgenommen und als Artikel 238 in das Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche eingestellt wird. Durch die dort in einem neuen siebten Teil des Einführungsgesetzes vorgesehene Zusammenfassung der Verordnungsermächtigungen, die im Bürgerlichen Gesetzbuch geregelte Schuldverhältnisse betreffen, soll eine größere Übersichtlichkeit erzielt werden.

Zu Buchstaben b

Es handelt sich um eine redaktionelle Folgeänderung aus der Einfügung des neuen Absatzes 3 und der Integration des AGB-Gesetzes in das Bürgerliche Gesetzbuch.

Zu den Buchstaben c und d

Siehe die Erläuterungen zu a und b.

Zu Nummer 45 – Änderung des § 651d Abs. 1

Es handelt sich um eine redaktionelle Folgeänderung zur Aufhebung des bisherigen § 472.

Zu Nummer 46 – Änderung des § 651e Abs. 3 Satz 2

Es handelt sich um eine Redaktionelle Folgeänderung zur Aufhebung des bisherigen § 471.

Zu Nummer 47 – Änderung des § 651g Abs. 2

§ 651g Abs. 2 regelt beim Reisevertrag die Verjährung von Ansprüchen des Reisenden bei Fehlern der Reise. Nach dem bisherigen Satz 1 beträgt die Verjährungsfrist für Ansprüche des Reisenden nach den §§ 651c bis 651f sechs Monate ab dem vertraglich vorgesehenen Ende der Reise. Diese Verjährungsfrist wird auf zwei Jahre erhöht. Es besteht nach Abschaffung der kurzen 6-Monats-Verjährung bei Kauf- und Werkvertrag kein Grund, allein beim Reisevertrag an der sechsmonatigen Verjährungsfrist festzuhalten. Im Gegenzug wird die Verjährungsfrist in § 651l Satz 2 RE eingeschränkt dispositiv gestellt: Sie kann durch Parteivereinbarung auf ein Jahr abgekürzt werden (siehe nachstehende Begründung zu § 651l RE). Der Reiseveranstalter ist zudem durch den beizubehaltenden § 651g Abs. 1 geschützt: Danach hat der Reisende Gewährleistungsansprüche innerhalb eines Monats nach der vertraglich vorgesehenen Beendigung der Reise gegenüber dem Reiseveranstalter geltend zu machen, andernfalls er von der Geltendmachung der Ansprüche ausgeschlossen ist – vom Fall der unverschuldeten Fristversäumnis abgesehen (Satz 2). § 651g Abs. 2 Satz 3, der eine Hemmung der Verjährung bis zur Zurückweisung der Ansprüche durch den Reiseveranstalter vorsieht, ist durch § 203 RE überflüssig geworden.

Zu Nummer 48 – Neufassung des § 651l

Es handelt sich um eine Folgeänderung aus der Verlängerung der bisherigen Verjährungsfrist des § 651g Abs. 2 von sechs Monaten auf nunmehr zwei Jahre. Damit sollte ein Verjährungsgleichlauf mit den Regelungen im Werkvertragsrecht geschaffen werden. Im Werkvertragsrecht besteht indessen in den Grenzen des § 309 Nr. 7 und 8 RE die Möglichkeit, die Verjährung vertraglich auf ein Jahr zu verkürzen. Würde man § 651l in der jetzigen Fassung beibehalten, hätte der Reiseveranstalter dagegen eine solche Möglichkeit der Verjährungsverkürzung nicht, da gemäß dem bisherigen § 651l nicht von den Regelungen der §§ 651a bis 651k und damit auch nicht von § 651g Abs. 2 zu Lasten des Reisenden abgewichen werden darf. Der bezweckte Verjährungsgleichlauf mit dem Werkvertragsrecht setzt mithin voraus, dass das Abweichungsverbot des § 651l hinsichtlich der Verjährung „geöffnet“ wird. Dies geschieht mit der Neufassung des § 651l, der nunmehr für den Reiseveranstalter in Satz 2 die Möglichkeit vorsieht, vor Mitteilung eines Mangels die Verjährungsfrist des § 651g Abs. 2 RE von zwei Jahren auf bis zu einem Jahr durch vertragliche Vereinbarung zu verkürzen. Das Reiserecht wird mithin in einem eng eingegrenzten Bereich dispositives Recht. Eine verjährungserleichternde Vereinbarung kann sowohl individualvertraglich als auch in All-

gemeinen Geschäftsbedingungen erfolgen. Im letzteren Fall sind die Grenzen des § 309 Nr. 7 und 8 Buchstabe a RE zu beachten.

Zu Nummer 49 - Voranstellung einer Gliederungsüberschrift vor § 652

Die Vorschriften über den Kreditvermittlungsvertrag, die bisherigen §§ 15 bis 17 VerbrKrG, sollen als Spezialfall des Maklervertrags in das Maklerrecht eingefügt werden. Dadurch ist der bisherige achte Titel weiter zu untergliedern. Der Untertitel 1 enthält nunmehr die allgemeinen Vorschriften der §§ 652 bis 655, der Untertitel 2 die neu eingefügten Vorschriften der §§ 655a bis 655e zum Darlehensvermittlungsvertrag und der Untertitel 3 die bisherige Vorschrift des § 656 zur Heiratsvermittlung.

Zu Nummer 50 – Einfügung eines neuen Untertitels 2 Darlehensvermittlungsvertrag

Zu § 655a - Darlehensvermittlungsvertrag

In § 655a RE wird der Darlehensvermittlungsvertrag definiert. Ein solcher liegt immer dann vor, wenn ein Unternehmer einem Verbraucher gegen Entgelt einen Darlehensvertrag vermittelt oder ihm die Gelegenheit zum Abschluss eines Darlehensvertrags nachweist. Die Definition umfasst mithin den Nachweis- und Vermittlungsmakler. Die Diktion ist der neuen Begrifflichkeit des Darlehensrechts angepasst. Der Anwendungsbereich entspricht dem des Verbraucherdarlehensvertrags.

Zu § 655b – Schriftform

§ 655b entspricht im Wesentlichen – unter Anpassung an die neue Diktion des Darlehensrechts - dem bisherigen § 15 VerbrKrG. Die Formulierung der Sätze 2 bis 4 in Absatz 1 war dem Umstand anzupassen, dass die schriftliche Form gemäß dem im Entstehen begriffenen neuen § 126 Abs. 3 nunmehr auch durch die elektronische Form ersetzt werden kann, bei der es keine Vertragsurkunde in Papierform gibt.

Zu § 655c – Vergütung

§ 655c RE entspricht – bis auf Anpassungen an die neue Diktion des Darlehensrechts – dem bisherigen § 16 VerbrKrG.

Zu § 655d – Nebenentgelte

§ 655c entspricht - bis auf Anpassungen an die neue Diktion des Darlehensrechts – dem bisherigen § 17 VerbrKrG.

Zu § 655e – Abweichende Vereinbarungen

Wegen der Regelung in einem eigenen Untertitel war ein eigenes Abbedingungsverbot für die Vorschriften des Darlehensvermittlungsvertrags zu schaffen. Dieses entspricht dem Inhalt des bisherigen § 18 VerbrKrG.

Zu Nummer 51 – Voranstellung einer neuen Gliederungsüberschrift vor § 656

Es handelt sich um eine redaktionelle Folgeänderung zur Einfügung der Vorschriften über den Darlehensvermittlungsvertrag; vgl. die Erläuterungen zu der Nummer 49.

Zu Nummer 52 – Änderung des § 675a

Die Änderungen sind veranlasst durch die Herausnahme der Verordnungsermächtigung in Absatz 2 und deren Einstellung in Artikel 239 EGBGB. Im Übrigen vgl. die Erläuterung zu Nummer 44 (Änderung des § 651a) und zum Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche.

Zu Nummer 53 – Änderung des § 695

§ 695 ist aus den bereits in den Erläuterungen zu § 604 Abs. 5 RE genannten Gründen um einen Satz zum Beginn der Verjährung des Rückgabeanspruchs des Hinterlegers zu ergänzen.

Zu Nummer 54 – Änderung des § 696

Das soeben Ausgeführte gilt auch für den Rücknahmeanspruch des Verwahrers aus § 696.

Zu Nummer 55 – Änderung des § 700 Abs. 1

Es handelt sich um eine redaktionelle Folgeänderung aus der Neuregelung des Darlehensrechts.

Zu Nummer 56 – Änderung des § 778

Es handelt sich um eine redaktionelle Folgeänderung aus der Reuregelung des Darlehensrechts.

Zu Nummer 57 – Aufhebung des § 786

Der bisherige § 786 regelt bei der Anweisung die Verjährung des Anspruchs des Anweisungsempfängers gegen den Angewiesenen aus der Annahme und bestimmt eine Verjährungsfrist von drei Jahren. Diese Vorschrift entfällt im Zuge der Vereinheitlichung des Verjährungsrechts. Damit finden insbesondere die regelmäßige Verjährungsfrist nach § 195 RE von drei Jahren und deren in § 199 RE geregelter Beginn Anwendung.

Zu Nummer 58 – Änderung des § 802 Satz 3

Es handelt sich um eine redaktionelle Folgeänderung aus der Neugestaltung des Verjährungsrechts: An die Stelle der in § 802 Satz 3 bislang genannten Verweisung auf die bisherigen §§ 203, 206 und 207 tritt die Verweisung auf die §§ 206, 210 und 211 RE.

Zu Nummer 59 – Änderung des § 813

Es handelt sich um eine redaktionelle Folgeänderung aus der Neugestaltung des Verjährungsrechts: An die Stelle der in § 813 Abs. 1 Satz 2 bislang genannten Verweisung auf den bisherigen § 222 Abs. 2 tritt die Verweisung auf § 214 Abs. 2 RE.

Zu Nummer 60 – Neufassung des § 852

Der bisherige Absatz 1, der die Verjährungsfrist und den Verjährungsbeginn von Ansprüchen auf Ersatz des aus einer unerlaubten Handlung entstandenen Schadens regelt, entfällt. Insoweit unterfallen die Deliktsansprüche dem Verjährungsregime der §§ 195 und 199 RE (siehe die dortige Begründung).

Der bisherige Absatz 2, der die Hemmung der Verjährung durch Verhandlungen bestimmt, ist durch die allgemeine Vorschrift des § 203 RE überflüssig.

Der bisherige Absatz 3 wird als Satz 1 des § 852 RE übernommen. Danach ist der Ersatzpflichtige, wenn er durch eine unerlaubte Handlung auf Kosten des Verletzten etwas erlangt hat, auch nach Eintritt der Verjährung des Anspruchs auf Ersatz des aus einer unerlaubten Handlung entstandenen Schadens zur Herausgabe nach den Vorschriften über die Heraus-

gabe einer ungerechtfertigten Bereicherung verpflichtet. Nach Satz 2 verjährt dieser Anspruch in zehn Jahren von der Fälligkeit an, ohne Rücksicht auf die Fälligkeit in 30 Jahren von der Begehung der Verletzungshandlung oder der Verwirklichung der Gefahr an.

Auch die Schuldrechtskommission hatte sich für einen Erhalt des bisherigen § 852 Abs. 3 ausgesprochen (§ 199 Abs. 2 KE). Bei diesem „deliktischen Bereicherungsanspruch" handelt es sich, wie der BGH in BGHZ 71, 86, 98 f. ausführt, dogmatisch um einen Schadensersatzanspruch, der nur in seinem Umfang auf das durch die unerlaubte Handlung auf Kosten des Geschädigten Erlangte beschränkt ist. Er greift ein, wenn der „normale“ Schadensersatzanspruch gemäß den §§ 195, 199 RE drei Jahre nach Fälligkeit und Kenntnis oder grob fahrlässiger Unkenntnis von den anspruchsbegründenden Umständen und der Person des Schuldner verjährt ist. Entsprechend der in Satz 2 bestimmten Verjährungsfrist von zehn Jahren kann der Berechtigten damit noch maximal sieben Jahre den deliktischen Bereicherungsanspruch geltend machen. Die zehnjährige Verjährungsfrist entspricht gleichfalls dem Vorschlag der Schuldrechtskommission. Diese konnte allerdings auf eine besondere Regelung verzichten, weil sie in § 198 Satz 1 KE eine Verjährungsfrist für gesetzliche Ansprüche – und damit auch für Bereicherungsansprüche – von zehn Jahren ab Fälligkeit vorgesehen hatte. Die Obergrenze von 30 Jahren von der Begehung der Verletzungshandlung oder der Verwirklichung der Gefahr an entspricht der allgemeinen Obergrenze nach § 199 Abs. 3 RE (siehe die dortige Begründung).

Bedeutung erlangt der deliktische Bereicherungsanspruch beispielsweise in dem Fall, dass der Dieb nach seiner Festnahme behauptet, das Diebesgut „versetzt“ und den Erlös verbraucht zu haben, oder in dem Fall, dass ein Lösegelderpresser behauptet, das Lösegeld auf seiner Flucht „verjubelt“ zu haben. Der Gläubiger kann dann auch nach der Verjährung des Schadensersatzanspruchs innerhalb der zehnjährigen Verjährungsfrist für den deliktischen Bereicherungsanspruch entscheiden, ob er den Bekundungen des Täters Glauben schenken oder ihn auf Herausgabe der Bereicherung verklagen möchte. Es hat sich zudem gezeigt, dass die Beibehaltung des Bereicherungsanspruchs bei deliktsähnlichen Verletzungen auf dem Gebiet des geistigen Eigentums erforderlich ist (siehe die Erläuterungen zur Änderung des Patent-, Gebrauchsmuster-, Marken-, Halbleiterschutz-, Urheberrechts-, Geschmacksmuster- und Sortenschutzgesetzes). Daher soll der Bereicherungsanspruch auch für die §§ 823 ff. fortbestehen.

Zu Nummer 61 – Neufassung des § 939

§ 939 RE regelt – wie bisher – die Hemmung der Ersitzung.

Zu Absatz 1

Absatz 1 Satz 1 bestimmt, dass die Ersitzung gehemmt ist, wenn der Eigentumsanspruch gegen den Eigenbesitzer oder im Falle eines mittelbaren Eigenbesitzes gegen den Besitzer, der sein Recht zum Besitz von dem Eigenbesitzer ableitet, in einer nach den §§ 203 und 204 RE zur Hemmung der Verjährung geeigneten Weise geltend gemacht wird. Nach Absatz 1 Satz 2 tritt diese Hemmung jedoch nur zugunsten desjenigen ein, welcher sie herbeiführt.

Bei der Ersitzungshemmung durch Geltendmachung des Eigentumsanspruchs „in einer nach § 204 zur Hemmung der Verjährung geeigneten Weise“ handelt es sich um einen neuen Tatbestand der Ersitzungshemmung. Bislang sieht der geltende § 141 eine Unterbrechung der Ersitzung durch diejenigen Rechtsverfolgungsmaßnahmen vor, die nach den bisherigen §§ 209, 210 und 220 die Verjährung des Eigentumsanspruchs unterbrechen. Im Zuge der Neuordnung des Verjährungsrechts sollen Rechtsverfolgungsmaßnahmen künftig nurmehr die Hemmung der Verjährung bewirken (§ 204 RE). Lediglich den Vollstreckungshandlungen (bisheriger § 209 Abs. 2 Nr. 5 und neuer § 212 Abs. 1 Nr. 2 RE) bleibt die Unterbrechungswirkung (bzw. Neubeginnswirkung nach der neuen Begrifflichkeit) erhalten (siehe hierzu § 941 RE). Zur Wahrung des Gleichlaufs zwischen den Umständen, die den Lauf der Verjährungfrist einerseits und den Lauf der Ersitzungszeit andererseits beeinflussen, sollen die in § 204 RE genannten Rechtsverfolgungsmaßnahmen auch hinsichtlich der Ersitzung keine Unterbrechungs-, sondern Hemmungswirkung haben.

Bei der Ersitzungshemmung durch Geltendmachung des Eigentumsanspruchs „in einer nach § 203 zur Hemmung der Verjährung geeigneten Weise“ handelt es sich gleichfalls um einen neuen Tatbestand der Ersitzungshemmung, nämlich den der Hemmung durch Verhandlungen. Hier gelten die vorstehenden Ausführungen entsprechend: So wie der im allgemeinen Verjährungsrecht neu eingeführte Hemmungstatbestand des Schwebens von Verhandlungen die Verjährung hemmt, soll er gleichlaufend auch die Ersitzung hemmen.

Unverändert übernommen wird aus dem bisherigen § 941, dass die Wirkung auf den Lauf der Ersitzung nicht nur eintritt, wenn der Eigentumsanspruch gegen den Eigenbesitzer geltend gemacht wird, sondern auch, wenn er im Falle eines mittelbaren Eigenbesitzes gegen den Besitzer, der sein Recht zum Besitz von dem Eigenbesitzer ableitet, geltend gemacht wird. Gleichfalls übernommen wird die Einschränkung, dass die Wirkung auf den Lauf der Ersitzung nur zugunsten desjenigen eintritt, welcher sie herbeiführt.

Zu Absatz 2

Nach Absatz 2 ist die Ersitzung ferner gehemmt, solange die Verjährung des Eigentumsanspruchs nach den §§ 205 bis 207 RE oder ihr Ablauf nach den §§ 210 und 211 RE gehemmt ist. Damit wird der Regelungsgehalt des bisherigen § 939 übernommen. Der bisherige § 939 verweist zum einen auf die Hemmung der Verjährung des Eigentumsanspruchs, mithin auf die Hemmung nach den bisherigen §§ 202 bis 205. An die Stelle dieser Vorschriften treten die §§ 205 bis 207 RE. Zum anderen verweist der geltende § 939 auf die Ablaufhemmung nach den bisherigen §§ 206 und 207, die durch die §§ 210 und 211 RE ersetzt werden.

Zu Nummer 62 – Neufassung des § 941

Nach Satz 1 wird die Ersitzung durch Vornahme oder Beantragung einer gerichtlichen oder behördlichen Vollstreckungshandlung unterbrochen. Wie bereits in den Erläuterungen zu § 939 Abs. 1 RE erwähnt, handelt es sich hierbei um die Unterbrechenstatbestände des bisherigen § 209 Abs. 2 Nr. 5, die als einzige Rechtsverfolgungsmaßnahmen auch nach dem Verjährungsrecht des Entwurfs ihre Unterbrechungs- bzw. Neubeginnswirkung beibehalten. Dementsprechend sollen sie auch die Ersitzung weiterhin unterbrechen. Gemäß der in Satz 2 enthaltenen Verweisung auf § 212 Abs. 2 und 3 RE gilt die Ersitzungsunterbrechung als nicht erfolgt, wenn die Vollstreckungshandlung aufgehoben oder dem Antrag nicht stattgegeben oder dieser zurückgenommen wird. Dies entspricht der in dem bisherigen § 941 Satz 2 enthaltenen Verweisung auf den bisherigen § 216.

Zu Nummer 63– Änderung des § 943

Die redaktionelle Änderung passt den Wortlaut der Vorschrift an den des § 198 RE an.

Zu Nummer 64 - Änderung des § 1002 Abs. 2

Es handelt sich um eine redaktionelle Folgeänderung aus der Neugestaltung des Verjährungsrechts: An die Stelle der in § 1002 Abs. 2 bislang genannten Verweisung auf die bisherigen §§ 203, 206 und 207 tritt die Verweisung auf die §§ 206, 210 und 211 RE.

Zu Nummer 65 – Aufhebung des vierten Abschnitts im dritten Buch

Der bisherige vierte Abschnitt im dritten Buch ist mit der Aufhebung der Vorschriften über das Erbbaurecht durch § 35 der Verordnung über das Erbbaurecht vom 15. Januar 1919 (RGBl. S. 72, ber. S. 122) gegenstandslos. Er kann deshalb insgesamt aufgehoben werden.

Daraus ergibt sich die Notwendigkeit der in Nummer 65 angeordneten Umnummerierung der folgenden Abschnitte im dritten Buch.

Zu Nummer 66 – Änderung des § 1098 Abs. 1 Satz 1

Es handelt sich um eine redaktionelle Anpassung an die Verschiebung der Vorschriften über das Vorkaufsrecht im Kaufrecht, auf die § 1098 Abs. 1 Satz 1 Bezug nimmt.

Zu Nummer 67 – Änderung des § 1170 Abs. 1 Satz 1

Es handelt sich um eine redaktionelle Folgeänderung aus der Neugestaltung des Verjährungsrechts: An die Stelle der Unterbrechung der Verjährung durch Anerkenntnis nach dem bisherigen § 208 tritt der Neubeginn der Verjährung nach § 212 Abs. 1 Nr. 1 RE.

Zu Nummer 68 – Änderung des § 1317 Abs. 1 Satz 3

Es handelt sich um eine redaktionelle Folgeänderung aus der Neugestaltung des Verjährungsrechts: An die Stelle der in § 1317 Abs. 1 Satz 3 bislang genannten Verweisung auf die bisherigen §§ 203, 206 Abs. 1 Satz 1 tritt die Verweisung auf die §§ 206, 210 Abs. 1 Satz 1 RE.

Zu Nummer 69 – Änderung des § 1600b Abs. 6 Satz 2

Es handelt sich um eine redaktionelle Folgeänderung aus der Neugestaltung des Verjährungsrechts: An die Stelle der in § 1600b Abs. 6 Satz 2 bislang genannten Verweisung auf die bisherigen §§ 203, 206 tritt die Verweisung auf die §§ 206, 210 RE.

Zu Nummer 70 - Änderung des § 1615l

Zu Buchstabe a – Aufhebung des Absatzes 4

§ 1615l regelt den Unterhaltsanspruch der Mutter gegen den Vater aus Anlass der Geburt eines Kindes, wenn die Eltern nicht verheiratet sind. Absatz 4 Satz 1 bestimmt hierfür eine Verjährungsfrist von vier Jahren, beginnend mit dem auf die Entbindung folgenden Jahr (Satz 2). Mit der Aufhebung des Absatzes 4 wird dieser besondere Unterhaltsanspruch der Mutter eines nichtehelichen Kindes verjährungsrechtlich den Unterhaltsansprüchen einer verheirateten oder geschiedenen Frau gegen den Ehemann bzw. früheren Ehemann gleich-

gestellt: Es gilt die regelmäßige Verjährungsfrist von drei Jahren (§§ 195, 197 Abs. 2 RE). Künftig macht es dann verjährungsrechtlich keinen Unterschied mehr, ob beispielsweise eine kurz nach der Geburt geschiedene Frau wegen der Pflege oder Erziehung des ehelichen Kindes keiner Erwerbstätigkeit nachgehen und daher den früheren Ehemann auf Unterhalt in Anspruch nehmen kann, oder ob ein entsprechender Anspruch der Mutter eines nichtehelichen Kindes nach § 1615l Abs. 2 besteht. Es kann – nicht zuletzt auf Grund der inzwischen eingetretenen gesellschaftlichen Veränderungen – davon ausgegangen werden, dass die verjährungsrechtliche Privilegierung der nichtehelichen Mutter nicht mehr erforderlich ist, zumal in Fällen nichtehelicher Geburten auch die Jugendämter tätig werden.

Zu Buchstabe b – Änderung des Absatzes 5

Durch die Aufhebung des Absatzes 4 ist Absatz 5 zu verschieben und im Übrigen redaktionell anzupassen (Streichung der Bezugnahme auf Absatz 4).

Zu Nummer 71 – Umnummerierung des siebenten und neunten Titels im zweiten Abschnitt des vierten Buchs

Es handelt sich um eine Anpassung der Titelumnummerierung an die Aufhebung des sechsten und achten Titels durch das Kindschaftsrechtsreformgesetz vom 16. Dezember 1997 (BGBl. I S. 2942).

Zu Nummer 72 – Änderung des § 1762 Abs. 2 Satz 3

Es handelt sich um eine redaktionelle Folgeänderung aus der Neugestaltung des Verjährungsrechts: An die Stelle der in § 1762 Abs. 2 Satz 3 bislang genannten Verweisung auf die bisherigen §§ 203, 206 tritt die Verweisung auf die §§ 206, 210 RE.

Zu Nummer 73 – Streichung der Überschrift zum sechsten Untertitel im ersten Titel des dritten Abschnitts des vierten Buches und Umnummerierung des folgenden Untertitels

Es handelt sich um eine Anpassung an die Aufhebung der Vorschriften über den Familienrat durch Gesetz vom 18. Juli 1979 (BGBl. I S. 1061).

Zu Nummer 74 bis 78 – Änderung der §§ 1903 Abs. 1 Satz 2, 1944 Abs. 2 Satz 3, 1954 Abs. 2 Satz 2, 1997 und 2082 Abs. 2 Satz 2

Es handelt sich um redaktionelle Folgeänderungen aus der Neugestaltung des Verjährungsrechts:

An die Stelle der in § 1903 Abs. 1 Satz 2 bislang genannten Verweisung auf den bisherigen § 206 tritt die Verweisung auf § 210 RE.

An die Stelle der in § 1944 Abs. 2 Satz 3 bislang genannten Verweisung auf die bisherigen §§ 203, 206 tritt die Verweisung auf die §§ 206, 210 RE.

An die Stelle der in § 1954 Abs. 2 Satz 2 bislang genannten Verweisung auf die bisherigen §§ 203, 206 und 207 tritt die Verweisung auf die §§ 206, 210 und 211 RE.

An die Stelle der in § 1997 bislang genannten Verweisung auf den bisherigen § 203 Abs. 1 und den bisherigen § 206 tritt die Verweisung auf die §§ 206, 210 RE.

An die Stelle der in § 2082 Abs. 2 Satz 2 bislang genannten Verweisung auf die bisherigen §§ 203, 206 und 207 tritt die Verweisung auf die §§ 206, 210 und 211 RE.

Zu Nummer 79 – Änderung des § 2171

Es handelt sich um eine Folgeänderung zu der Aufhebung des § 308, auf den § 2171 Satz 2 verweist.

Zu Nummer 80 bis 83 – Änderungen der §§ 2182 Abs. 1, 2183 Satz 2, 2283 Abs. 2 Satz 2 und 2376 Abs. 2

Es handelt sich um redaktionelle Anpassungen an die Umgestaltung des Kaufrechts und die geänderte Paragraphenfolge im Verjährungsrecht. An die Stelle der in § 2283 Abs. 2 Satz 2 bislang genannten Verweisung auf die bisherigen §§ 203, 206 tritt die Verweisung auf die §§ 206, 210 RE.

Zu Absatz 2

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat entsprechend der bei seinem Erlass am 18. August 1896 üblichen Regelungstechnik nur wenige Gliederungs- und keine Paragraphenüberschriften. Dies erschwert die Arbeit mit dem Gesetzbuch erheblich. Wie bei den anderen älteren Kodifikationen (ZPO, HGB) soll dies geändert werden. Zur besseren Lesbarkeit und Übersichtlichkeit sollen die Gliederungsüberschriften an die heutige Regelungstechnik angepasst und Paragraphenüberschriften durchgängig eingeführt werden, wie dies schon mit Gesetz vom 27. Juni 2000 (BGBl. I S. 897) begonnen worden ist.

Zu Artikel 2 – Änderung des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche

Zu Nummer 1 – Änderung des Artikels 29a

Zu Buchstabe a – Änderung von Absatz 3

Es handelt sich um eine redaktionelle Folgeänderung. Das Teilzeit-Wohnrechtegesetz wird in das Bürgerliche Gesetzbuch integriert. Deshalb muss auf die an seine Stelle tretenden Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs verwiesen werden.

Zu Buchstabe b – Änderung von Absatz 4

Zu den in Absatz 4 zu erwähnenden Verbraucherschutzrichtlinien gehört auch die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie.

Zu Nummer 2 – Aufhebung des § 2 Abs. 3 des Artikels 229

Hierbei handelte es sich lediglich um eine Übergangsregelung, die mit dem demnächst in Kraft tretenden Signaturgesetz überflüssig wird.

Zu Nummer 3 - Anfügung der §§ 4 bis 6 an Artikel 229

Zu § 4 – Allgemeine Überleitungsvorschrift zum Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts

Der neue § 4 enthält die allgemeinen Überleitungsvorschriften.

Zu Absatz 1

Grundsätzlich sollen die neuen Vorschriften nur für Neuverträge gelten. Dies ergibt sich aus Satz 1, wonach auf Schuldverhältnisse, die vor dem 1. Januar 2002 entstanden sind, das Bürgerliche Gesetzbuch sowie die bis dahin bestehenden Sondergesetze (nämlich das AGB-Gesetz, das Verbraucherkreditgesetz, das Fernabsatzgesetz, das Teilzeit-Wohnrechtegesetz, das Haustürwiderrufsgesetz und die Viehhauptmängelverordnung) in der bis zu diesem Tag geltenden Fassung anzuwenden sind, soweit nicht in Absatz 2 und in den neuen §§ 5 und 6 etwas anderes bestimmt ist. In Satz 1 gehen die besonderen Übergangsvorschriften der bisherigen § 19 VerbrKrG, § 6 FernAbsG, § 9 HTWG und § 11 TzWrG auf.

Auf Dauerschuldverhältnisse sollen die neuen Vorschriften für die Zukunft angewendet werden. Dies ist sachlich gerechtfertigt, weil die neuen Vorschriften das bisherige Recht ohne Wertungsbrüche fortentwickeln. Außerdem soll vermieden werden, dass auf Jahre hinaus doppeltes Recht gilt. Um den Parteien aber die Möglichkeit zu geben, ihre Verträge an das neue Recht anzupassen, soll das Bürgerliche Gesetzbuch in seiner neuen Fassung nicht unmittelbar, sondern, zeitlich versetzt, erst ab dem 1. Januar 2003 für Dauerschuldverhältnisse gelten.

Zu Absatz 2

Für die Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen gilt grundsätzlich der Absatz 1, wonach die Vorschriften der §§ 305 bis 310 RE lediglich für Neuverträge ab dem 1. Januar 2002 gelten. Da indessen nicht ausgeschlossen werden kann, dass auch heute noch Verträge gelten, für die das AGB-Gesetz bei seinem Inkrafttreten am 1. April 1977 in § 28 Abs. 2 nur die Geltung des bisherigen § 9 AGBG vorsah, nicht jedoch eine Anwendung der übrigen Vorschriften, soll insoweit diese Überleitungsregelung in Absatz 2 übernommen werden.

Eine Übernahme der Überleitungsregelung für Verträge über die Versorgung mit Wasser und Fernwärme ist entbehrlich, weil sich diese inzwischen erledigt hat.

Zu § 5 – Überleitungsvorschrift zum Verjährungsrecht nach dem Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts

§ 5 RE enthält die verjährungsrechtlichen Übergangsbestimmungen nach dem Vorbild von Artikel 231 § 6 und von Artikel 169.

Zu Absatz 1

Satz 1 enthält die Grundregel. Danach findet das neue Verjährungsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs auf die am 1. Januar 2001 bestehenden und noch nicht verjährten Ansprüche Anwendung. Zu diesen Ansprüchen gehören nicht nur die sich aus dem Bürgerlichen Gesetzbuch ergebenden Ansprüche, sondern auch solche Ansprüche, die in anderen Gesetzen geregelt sind und sich lediglich hinsichtlich der Verjährung ganz oder in dem durch das jeweilige Gesetz bestimmten Umfang nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs richten.

Die erste Ausnahme von der Grundregel des Satzes 1 findet sich in Satz 2. Danach bestimmen sich der Beginn, die Hemmung und der Neubeginn der Verjährung für den Zeitraum vor dem 1. Januar 2002 nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch in der bis zu

diesem Tag geltenden Fassung, wobei unter „Neubeginn“ nach der bisherigen Terminologie die Unterbrechung der Verjährung zu verstehen ist.

Zu Absatz 2

Absatz 2 regelt die zweite Ausnahme von der Grundregel des Absatzes 1 Satz 1: Ist die Verjährungsfrist nach dem neuen Verjährungsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs länger als nach den bisherigen Vorschriften, so verbleibt es bei der kürzeren Frist. Diese Vorschrift stellt ein Novum gegenüber Artikel 231 § 6 und Artikel 169 dar. Sie dient dem Schutz des Schuldners. So verbleibt es, um den wichtigsten Anwendungsfall zu nennen, bei den am 1. Januar 2002 bestehenden und noch nicht verjährten kaufvertraglichen Gewährleistungsansprüchen bei der sechsmonatigen Verjährungsfrist nach dem bisherigen § 477 Abs. 1 BGB.

Zu Absatz 3

Absatz 3 regelt den gegenüber Absatz 2 umgekehrten Fall, nämlich dass die Verjährungsfrist nach dem neuen Verjährungsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs kürzer ist als nach den bisherigen Vorschriften. Um zu vermeiden, dass entsprechend dem nach Absatz 1 Satz 1 grundsätzlich anzuwendenden neuen Verjährungsrecht die kürzere neue Frist am 1. Januar 2002 bereits abgelaufen ist, bestimmt Satz 1, dass die kürzere Frist erst am 1. Januar 2001 zu laufen beginnt. Läuft jedoch die nach den bisherigen Vorschriften bestimmte längere Frist früher als die Frist des neuen Verjährungsrechts des Bürgerlichen Gesetzbuchs ab, so bestimmt Satz 2, dass die Verjährung mit dem Ablauf der längeren bisherigen Frist vollendet ist.

Zu Absatz 4

Nach Absatz 4 sind die Absätze 1 bis 3 entsprechend auf Fristen anzuwenden, die für die Geltendmachung, den Erwerb oder den Verlust eines Anspruchs oder Rechts maßgebend sind. Zu den wichtigsten Anwendungsfällen gehören die Ausschlussfristen für die Anfechung nach den bisherigen und neuen §§ 121 und 124 BGB.

Zu § 6 – Überleitungsvorschrift zu Zinsvorschriften nach dem Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts

Zu Absatz 1

Durch dieses Gesetz soll das Diskontsatz-Überleitungs-Gesetz aufgelöst und der Basiszinssatz als dauerhafte Bezugsgröße in das Bürgerliche Gesetzbuch integriert werden. Hierbei werden der Anpassungsrhythmus und die Bezugsgröße, wenn auch nur geringfügig, verändert. Dazu ist eine Überleitungsregelung erforderlich, die inhaltlich den Überleitungsvorschriften des Diskontsatz-Überleitungs-Gesetzes und der auf seiner Grundlage erlassenen Rechtsverordnungen entspricht. Das ist Inhalt von Absatz 1.

Satz 1 regelt die Ersetzungswirkung, wie sie § 1 Abs. 1 DÜG, § 1 der Lombardsatz-Überleitungs-Verordnung und § 1 der FIBOR-Überleitungs-Verordnung bei Einführung des Basiszinssatzes geregelt haben. Satz 2 1. Halbsatz ist § 2 Abs. 1 der FIBOR-Überleitungsverordnung und § 2 der Lombardsatz-Überleitungs-Verordnung nachempfunden. Satz 2 2. Halbsatz ist § 2 Abs. 2 der FIBOR-Überleitungsverordnung nachgebildet. Satz 3 entspricht funktionell § 2 DÜG und die Sätze 4 und 5 dem § 3 Abs. 1 und § 4 DÜG.

Zu Absatz 2

Absatz 2 stellt klar, dass für die Vergangenheit die bisherigen Überleitungsvorschriften weiterhin maßgeblich bleiben.

Zu Nummer 4 – Anfügung eines neuen siebten Teils

Vorbemerkung

Im Zuge der Integration des AGB-Gesetzes in das Bürgerliche Gesetzbuch muss ein neuer Standort für die Verordnungsermächtigungen der §§ 27 und 27a AGBG gefunden werden. Sie fügen sich nicht günstig in das Bürgerliche Gesetzbuch ein, das Verordnungsermächtigungen bisher nur für Informationspflichten und eher formale Fragen enthält. Hier geht es aber um die inhaltliche Ausgestaltung von Rechtsverhältnissen. Für die Aufnahme solcher Regelung ist der Fünfte Teil nicht geeignet, weil sie Dauerrecht enthalten. Andererseits regelt das Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche an anderer Stelle auch Fragen von unbestimmter Dauer. Dort lassen sich die Verordnungsermächtigungen nicht günstig einfügen. Deshalb soll durch die Einfügung eines siebten Teils zum EGBGB Raum für Regelungen geschaffen werden, die der Durchführung des Bürgerlichen Gesetzesbuchs dienen. Dazu gehören insbesondere Verordnungsermächtigungen, die einen Regelungsbereich des Bürgerlichen Rechts betreffen. Die Schaffung eines solchen neuen Teils lässt sich aber nur rechtfertigen, wenn die im Bürgerlichen Gesetzbuch vorhandenen Verordnungsermächtigungen in

diesem Teil zusammengefasst werden. Dies soll hier in den Bereichen geschehen, die von dem Entwurf abgedeckt werden.

Zu Artikel 238 – Reiserechtliche Vorschriften

Absatz 1 Nummer 1 enthält die bislang in § 651a Abs. 5 BGB geregelte Verordnungsermächtigung ohne inhaltliche Veränderung.

Im Übrigen entspricht Artikel 238 der im Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung reiserechtlicher Vorschriften (BR-Drs. 134/01) vorgesehenen Fassung. Die Änderung an dieser Stelle wird daher im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens zu streichen sein, falls das Zweite Gesetz zur Änderung reiserechtlicher Vorschriften erwartungsgemäß vorher in Kraft tritt.

Zu Artikel 239 – Informationspflichten für Kreditinstitute

Die Ermächtigung entspricht wörtlich dem bisherigen § 675a Abs. 2 BGB.

Vorbemerkung zu den Artikeln 240 bis 242

Mit Artikel 4 des Entwurfs wird die derzeitige Verordnung über Informationspflichten von Reiseveranstaltern in eine übergreifende Verordnung über Informationspflichten nach Bürgerlichem Recht umgewandelt, in deren §§ 1 bis 3 die sich aus den EG-Richtlinien zum Fernabsatz (97/7EG), zu Teilzeitnutzungsrechten (94/47/EG) und zum elektronischen Geschäftsverkehr (2000/31/EG) ergebenden Informationspflichten eingestellt werden sollen. Für diese Informationspflichtenverordnung werden in den Artikeln 240 bis 242 jeweils Verordnungsermächtigungen für die Regelungsbereiche Fernabsatz, Teilzeit-Wohnrechteverträge und elektronischer Geschäftsverkehr geschaffen. Angesichts der schnellen Veränderungen gerade in den Bereichen des Fernabsatzes und des elektronischen Geschäftsverkehrs besteht ein Bedürfnis danach, die Informationspflichten möglichst schnell an die neuere technische Entwicklung anpassen zu können. Dies ist bei der Regelung in einer Verordnung möglich.

Zu Artikel 240 – Informationspflichten für Fernabsatzverträge

Mit Artikel 240 wird die Verordnungsermächtigung für die Informationspflichten bei Fernabsatzverträgen geschaffen. Im Einleitungssatz ist bestimmt, dass die danach zu erlassende

Rechtsverordnung die vorgeschriebenen Angaben nach der Richtlinie 97/7/EG zu beachten hat.

Zu Artikel 241 – Informationspflichten für Verträge im elektronischen Geschäftsverkehr

Artikel 241 enthält die Verordnungsermächtigung für Informationspflichten bei Verträgen im elektronischen Geschäftsverkehr. Im Einleitungssatz ist bestimmt, dass die danach zu erlassende Rechtsverordnung die vorgeschriebenen Angaben nach der Richtlinie 2000/31/EG zu beachten hat.

Zu Artikel 242 – Informations- und Prospektpflichten bei Teilzeit-Wohnrechteverträgen

Artikel 242 enthält die Verordnungsermächtigung für Informationspflichten bei Teilzeit-Wohnrechteverträgen. Im Einleitungssatz ist bestimmt, dass die danach zu erlassende Rechtsverordnung die vorgeschriebenen Angaben nach der Richtlinie 94/47/EG zu beachten hat.

Zu Artikel 243 - Ver- und Entsorgungsbedingungen

Die Vorschrift entspricht wörtlich dem bisherigen § 27 AGBG.

Zu Artikel 244 - Abschlagszahlungen beim Hausbau

Die Vorschrift entspricht wörtlich dem bisherigen § 27a AGBG.

Zu Artikel 3 – Schaffung eines Unterlassungsklagengesetzes

Vorbemerkung

Die materiellen Vorschriften des AGB-Gesetzes werden – wie oben ausgeführt - in das Bürgerliche Gesetzbuch als die neuen §§ 305 bis 310 eingefügt werden. Die im AGB-Gesetz enthaltenen Ermächtigungen zum Erlass von Rechtsverordnungen werden – wie oben ausgeführt - zum Gegenstand eines neuen Teils des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche. Die verfahrensrechtlichen Vorschriften des AGB-Gesetzes schließlich sollen zu einem neuen Verfahrensgesetz, dem Gesetz über Unterlassungsklagen bei Verbraucherrechts- und anderen Verstößen (Unterlassungsklagengesetz – UKlaG) zusammengefasst werden.

Zu Abschnitt 1 – Ansprüche bei Verbraucherrechts- und anderen Verstößen

Zu § 1 – Unterlassungs- und Widerrufsanspruch bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen

§ 1 bestimmt, dass der Verwender und der Empfehler von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die den §§ 307 bis 309 des Bürgerlichen Gesetzbuchs widersprechen, auf Unterlassung und im Fall des Empfehlens auch auf Widerruf in Anspruch genommen werden können. Die Vorschrift entspricht nach Funktion und auch im Wortlaut dem bisherigen § 13 Abs. 1 AGBG. Geändert wurde lediglich die Verweisung auf die §§ 9 bis 11 AGBG, die als §§ 307 bis 309 in das Bürgerliche Gesetzbuch integriert werden sollen.

Die besondere Verjährungsregelung im bisherigen § 13 Abs. 4 AGBG erscheint auf Grund der Neuregelung des Verjährungsrechts im BGB entbehrlich und soll deshalb nicht übernommen werden.

Zu § 2 – Unterlassungsanspruch bei verbraucherschutzgesetzwidrigen Praktiken

Zu Absatz 1

§ 2 regelt den Unterlassungsanspruch bei verbraucherschutzgesetzwidrigen Praktiken. Absatz 1 Satz 1 entspricht nach Funktion und Wortlaut dem durch das Gesetz über Fernabsatzverträge und andere Fragen des Verbraucherrechts sowie zur Umstellung auf Euro vom 27. Juni 2000 (BGBl. I S. 897) geschaffenen bisherigen § 22 Abs. 1 Satz 1 AGBG. Neu ist die Wendung „in anderer Weise als durch Verwendung oder Empfehlung von Allgemeinen

Geschäftsbedingungen“. Mit dieser Wendung wird inhaltlich der bisherige § 22 Abs. 1 Satz 2 AGBG aufgenommen, der deshalb auch nicht übernommen werden soll.

Absatz 1 Satz 2 nimmt die in dem bisherigen § 22 Abs. 6 AGBG enthaltene Verweisung auf § 13 Abs. 4 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb auf. Statt der Verweisung wird diese kurze Vorschrift mit Absatz 1 Satz 2 wörtlich wiederholt.

Auch die besondere Verjährungsregelung in dem bisherigen § 22 Abs. 5 AGBG erscheint aus dem bereits zu § 1 genannten Grund entbehrlich und soll deshalb nicht übernommen werden.

Zu Absatz 2

Absatz 2 entspricht in seiner Funktion und seinem Inhalt dem bisherigen § 22 Abs. 2 AGBG. Die bisherigen Nummern 5 bis 7 und 9 werden als Nummern 3 bis 6 wörtlich übernommen. Die bisherigen Nummern 1 bis 4 können dagegen nicht wörtlich übernommen werden, weil die darin bezeichneten Verbraucherschutzgesetze ebenfalls in das Bürgerliche Gesetzbuch integriert werden. Statt ihrer werden in der neu gefassten Nummer 1 die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs genannt, die an die Stelle dieser Sondergesetze getreten sind. In diese Nummer wird auch die bisherige Nummer 8 integriert. Schließlich werden in Umsetzung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie (Richtlinie 1999/44/EG) zusätzlich auch die Vorschriften über den Verbrauchsgüterkauf in Abs. 2 aufgenommen.

In einer neuen Nummer 2 werden schließlich im Hinblick auf die Regelung des Artikel 18 der E-Commerce-Richtlinie ausdrücklich die Vorschriften zur Umsetzung der Artikel 5, 10 und 11 der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr aufgenommen.

Zu Absatz 3

Absatz 3 entspricht in Funktion und Wortlaut dem bisherigen § 22 Abs. 4 AGBG.

Zu § 3 – Anspruchsinhaber

Zu Absatz 1

Absatz 1 beschreibt die Gläubiger der in den §§ 1 und 2 bestimmten Ansprüche. Die Vorschrift entspricht mit einer Ausnahme wörtlich den bisherigen §§ 13 Abs. 2 und 22 Abs. 3

AGBG, die ihrerseits identisch formuliert sind. Die Ausnahme betrifft Absatz 1 Satz 1 Nr. 2. Hier wird am Ende klargestellt, dass das Erfordernis einer wesentlichen Wettbewerbsbeeinträchtigung auf diesem Markt nicht bei Klagen gegen Allgemeine Geschäftsbedingungen gelten soll. Hier macht dieses Kriterium keinen über die im Übrigen genannten Voraussetzungen hinausgehenden Sinn. Stattdessen könnte seine Erwähnung zu Missverständnissen führen, weshalb es nur bei Klagen nach § 2 gelten soll.

Zu Absatz 2

Absatz 2 entspricht in Funktion und Wortlaut dem bisherigen § 13 Abs. 3 AGBG. Angepasst wird lediglich die Verweisung auf den bisherigen § 24 Satz 1 Nr. 1 des AGBG, der durch § 14 des Bürgerlichen Gesetzbuchs abgelöst worden ist.

Zu § 4 – Qualifizierte Einrichtungen

§ 4 entspricht in Funktion und Wortlaut dem bisherigen § 22a AGBG.

Zu Abschnitt 2 – Verfahrensvorschriften

Zu Unterabschnitt 1 – Allgemeine Vorschriften

Zu § 5 – Anwendung der Zivilprozessordnung

Die Vorschrift entspricht wörtlich dem bisherigen § 15 Abs. 1 AGBG, der nach dem bisherigen § 22 Abs. 6 AGBG auch für Klagen nach dieser Vorschrift, dem jetzigen § 2, gilt.

Zu § 6 – Zuständigkeit

Die Vorschrift entspricht mit einer Ausnahme in Funktion und Wortlaut dem bisherigen § 14 AGBG. Die Ausnahme betrifft den letzten Halbsatz. Er ist eingefügt worden, weil § 14 nach dem bisherigen § 22 Abs. 6 AGBG auch für das Verfahren nach jener Vorschrift, dem jetzigen § 2, gilt und dies im Text auch sinnfällig zum Ausdruck kommen soll.

Zu § 7 - Veröffentlichungsbefugnis

§ 7 entspricht wörtlich dem bisherigen § 18 AGBG. § 23 UWG trifft eine ähnliche Regelung, der bei Klagen nach dem bisherigen § 22 AGBG leer läuft und daher auf Klagen nach § 1 begrenzt wird.

Zu Unterabschnitt 2 – Besondere Vorschriften für Klagen nach § 1

Zu § 8 – Klageantrag und Anhörung

Zu Absatz 1

Absatz 1 entspricht wörtlich dem bisherigen § 15 Abs. 2 AGBG. Diese Vorschrift gilt nicht für das Verfahren nach dem bisherigen § 22 AGBG. Die in dessen Absatz 6 vorgesehene Verweisung erfasst vom Wortlaut her zwar auch diese Bestimmung. Indessen kann diese Vorschrift bei Klagen nach dem bisherigen § 22 AGBG, dem jetzigen § 2, nicht umgesetzt werden, weil es in den dort behandelten Fällen vergleichbare Elemente, die in der Klageschrift erwähnt werden könnten, nicht gibt. Die Vorschrift wird daher auf Klagen nach § 1, dem bisherigen § 13 AGBG, begrenzt.

Zu Absatz 2

Absatz 1 entspricht wörtlich dem bisherigen § 16 AGBG. Auch diese Vorschrift läuft bei Klagen nach dem bisherigen § 22 AGBG, dem jetzigen § 2, leer und wird daher auf die Fälle des jetzigen § 1 begrenzt.

Zu § 9 - Besonderheiten der Urteilsformel

§ 9 entspricht wörtlich dem bisherigen § 17 AGBG, der bei Klagen nach dem isherigen § 22 AGBG leer läuft und daher auf Klagen nach § 1 begrenzt wird.

Zu § 10 – Einwendung wegen abweichender Entscheidung

§ 10 entspricht wörtlich dem bisherigen § 19 AGBG, der bei Klagen nach dem bisherigen § 22 AGBG leer läuft und daher auf Klagen nach § 1 begrenzt wird.

Zu § 11 – Wirkungen des Urteils

§ 11 entspricht wörtlich dem bisherigen § 21 AGBG, der bei Klagen nach dem bisherigen § 22 AGBG leer läuft und daher auf Klagen nach § 1 begrenzt wird.

Zu Unterabschnitt 3 – Besondere Vorschriften für Klagen nach § 2

Zu § 12 – Einigungsstelle

§ 12 entspricht dem bisherigen § 22 Abs. 6 AGBG, der für Klagen nach dem bisherigen § 22 des AGB-Gesetzes, dem jetzigen § 2, den § 27a UWG für entsprechend anwendbar erklärt. Die in der Vorschrift auch noch enthaltene Verweisung auf § 13 Abs. 4 UWG ist in § 2 Abs. 1 Satz 2 aufgegangen.

Zu Abschnitt 3 – Behandlung von Kundenbeschwerden

Zu § 13 - Kundenbeschwerden

§ 13 entspricht mit zwei Ausnahmen wörtlich dem bisherigen § 29 AGBG.

Bei der Bezeichnung der Streitigkeiten wird § 676h Satz 1 BGB zusätzlich aufgenommen. Er betrifft auch eine Streitigkeit aus dem Girovertrag und sollte deshalb von der Streitschlichtung erfasst werden. Nicht erfasst werden Streitigkeiten nach § 676h Satz 2 BGB, weil sie Unternehmen betreffen, die nicht unbedingt Banken sind und deshalb mit den Streitigkeiten nach den §§ 675a bis 676g BGB keine Berührung haben.

Die zweite Ausnahme betrifft den bisherigen § 29 Abs. 2 Satz 2 AGBG. Diese Vorschrift, die das Bundesministerium der Justiz zum rechtzeitigen Erlass der Verordnung nach dieser Vorschrift anhalten sollte, ist sachlich durch den fristgerechten Erlass der Schlichtungsstellenverfahrensverordnung vom 27. Oktober 1999 (BGBl. I S. 2068) überholt und soll deshalb ersatzlos entfallen.

Zu § 14 - Überleitungsvorschrift

Zu Absatz 1

Das Gesetz kann und soll nach Absatz 1 auf alle noch nicht rechtskräftig erledigten Verfahren angewendet werden, weil die Verfahrensvorschriften inhaltsgleich übernommen werden. Hinsichtlich der materiellen Vorschriften des AGB-Gesetzes gilt dagegen die allgemeine Ü-

berleitungsvorschrift des Artikels 229, § 4 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche.

Zu Absatz 2

Der bisherige § 20 AGBG über das Entscheidungsregister soll nicht übernommen werden. Zum einen haben sich datenschutzrechtliche Bedenken gegen die namentliche Registrierung der Parteien ergeben. Zum anderen aber hat das Register seine ihm zugedachte Bedeutung verloren. Es sollte in der Anfangsphase des AGB-Gesetzes die Transparenz der Rechtsprechung sicherstellen und erreichen, dass das AGB-Gesetz in der Rechtswirklichkeit auch durchgesetzt werden kann. Dies ist in vollem Umfang gelungen. Heute ist dazu ein Register aber nicht mehr notwendig. Die Entscheidungen zur AGB-Kontrolle werden in den Fachzeitschriften veröffentlicht und in den Kommentierungen behandelt. Sie werden durch die Integration des AGB-Gesetzes in das Bürgerliche Gesetzbuch künftig auch in allen Kommentierungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs aufzufinden sein. Die Nachfrage beim Entscheidungsregister hat dementsprechend stark nachgelassen. Der mit seiner Führung sowohl bei den Gerichten, die meldepflichtig sind, als auch beim Bundeskartellamt verbundene Aufwand ist nicht mehr notwendig und soll daher entfallen.

Damit stellt sich die Frage nach den Regelungen für das Auslaufen dieses Registers. Sie enthält § 14. Durch die Nichtaufnahme einer entsprechenden Regelung in das Gesetz und die parallele Aufhebung des AGB-Gesetzes entfällt die bisher bestehende Mitteilungspflicht der Gerichte vom 1. Januar 2002 an. Das Register soll indes unter den bisherigen Einsichtsvoraussetzungen weiterhin zur Verfügung stehen (Satz 1). Allerdings sollen die eingetragenen Entscheidungen 20 Jahre nach ihrer Eintragung in das Register, spätestens nach dem 31. Dezember 2004 gelöscht werden (Satz 3). Damit wird das Register mit dem Ablauf des Jahres 2004 aufgelöst sein.

Zu Absatz 3

Absatz 3 stellt klar, dass die auf Grund des bisherigen § 29 Abs. 1 AGBG eingerichteten Schlichtungsstellen auch nach Inkrafttreten des Unterlassungsklagengesetzes weiterhin maßgeblich sind, also nicht neu eingerichtet zu werden brauchen.

Zu Artikel 4 – Änderung der Verordnung über Informationspflichten von Reiseveranstaltern

Vorbemerkung

Mit den neuen Artikeln 240 bis 242 EGBGB wird das Bundesministerium der Justiz ermächtigt, weitere Informationspflichten durch Rechtsverordnung zu regeln. Dies kann zu einer unübersichtlichen Regelungssituation führen. Die neuen und die bestehenden Informationspflichten aus der Verordnung über Informationspflichten von Reiseveranstaltern und der Verordnung über Kundeninformationspflichten sollen daher in einer einheitlichen Verordnung zusammengefasst werden. Technisch muss dazu eine der bestehenden Verordnungen geändert und um die erforderlichen Regelungen ergänzt werden. Dies soll die Verordnung über Informationspflichten von Reiseveranstaltern sein.

Zu Nummer 1 – Neufassung der Überschrift

Die neue Überschrift soll den erweiterten Inhalt widerspiegeln.

Zu Nummer 2 – Voranstellung neuer Abschnitte

Zu Abschnitt 1 – Informationspflichten bei Verbraucherverträgen

Abschnitt 1 enthält in den §§ 1 und 2 die Informationspflichten für Fernabsatzverträge und Teilzeit-Wohnrechteverträge. Bei beiden Vertragsarten handelt es sich um Verbraucherverträge, was die Überschrift wiederspiegelt.

§ 1 – Informationspflichten bei Fernabsatzverträgen

Ermächtigungsgrundlage dieser Vorschrift ist Art. 240 EGBGB. Sie enthält den bislang im geltenden § 2 Abs. 2 und 3 FernAbsG aufgeführten Informationspflichtenkatalog unter im Wesentlichen wörtlicher Übernahme des Richtlinien- bzw. des Gesetzestextes.

Zu § 2 – Informationspflichten bei und Vertragsinhalt von Teilzeit-Wohnrechteverträgen

Ermächtigungsgrundlage dieser Vorschrift ist Artikel 242 EGBGB. Ihr Inhalt entspricht wörtlich dem bisherigen § 4 TzWrG. Lediglich die Verweisungen sind angepasst.

Zu Abschnitt 2 – Informationspflichten bei Verträgen im elektronischen Geschäftsverkehr

In diesen Abschnitt werden die aus den Art. 10, 11 der E-Commerce-Richtlinie für Verträge im elektronischen Geschäftsverkehr folgenden Informationspflichten eingestellt. Da sich der Anwendungsbereich der Richtlinie auch – und gerade – auf Verträge zwischen Unternehmern bezieht, konnten die diesbezüglichen Informationspflichten nicht in den Abschnitt 1 eingestellt werden, da sich dieser nur auf Informationspflichten bei Verbraucherverträgen bezieht.

Zu § 3 – Kundeninformationspflichten des Unternehmers bei Verträgen im elektronischen Geschäftsverkehr

Ermächtigungsgrundlage dieser Vorschrift ist Artikel 241 EGBGB. § 3 enthält unter im Wesentlichen wörtlicher Übernahme des Richtlinientextes den Informationspflichtenkatalog, wie er sich aus Art. 10 Abs. 1 Buchstabe a bis d (= § 3 Nr. 1 bis 4) und Abs. 2 (= § 3 Nr. 5) der E-Commerce-Richtlinie ergibt. Zum Inhalt der einzelnen Informationspflichten vgl. die Ausführungen oben zu § 312e RE.

Nummer 3 – Einfügung einer neuen Gliederungsüberschrift

Die neue Gliederungsüberschrift ist notwendig, um den bisherigen Inhalt der Verordnung sinnvoll einzupassen.

Zu Nummer 4 – Umstellung der bisherigen §§ 1 bis 5

Die bisherigen §§ 1 bis 5 sollen nach den neuen Informationspflichten angeordnet werden, weil dies der Reihenfolge der Basisvorschriften im Bürgerlichen Gesetzbuch entspricht.

Zu Nummer 5 – Einfügung eines neuen Abschnitts 4

Zu Abschnitt 4 – Informationspflichten von Kreditinstituten

Zu § 9 – Kundeninformationspflichten von Kreditinstituten

Die Vorschrift entspricht wörtlich dem bisherigen § 1 der Verordnung über Kundeninformationspflichten, die als selbständige Verordnung aufgelöst werden soll.

Zu § 10 – Betroffene Überweisungen

Die Vorschrift entspricht wörtlich dem bisherigen § 2 der Verordnung über Kundeninformationspflichten, die als selbständige Verordnung aufgelöst werden soll.

Zu Nummer 6 – Umbenennung des bisherigen § 6

Es handelt sich um eine redaktionelle Anpassung an die Einfügung der Abschnitte 1, 2 und 4 mit den §§ 1 bis 3 sowie den §§ 9 und 10.

Zu Artikel 5 – Änderung anderer Vorschriften

Zu Absatz 1 – Änderung des § 23 Nr. 2 Buchstabe c des Gerichtsverfassungsgesetzes

Es handelt sich um eine Folgeänderung aus der Aufhebung der Vorschriften über den Viehkauf im Bürgerlichen Gesetzbuch.

Zu Absatz 2 – Neufassung des Artikel 1 § 3 Nr. 8 des Rechtsberatungsgesetzes

Die Änderung in Artikel 1 § 3 Nr. 8 RBerG soll den Verbraucherverbänden die Befugnis einräumen, als Prozessstandschafter oder Zessionar nach Abtretung der entsprechenden Forderung des Verbrauchers Zahlungsansprüche von Verbrauchern – wenn für diese wegen der geringen Anspruchshöhe kein Anreiz für Individualklagen besteht – gerichtlich geltend zu machen. Dem stand nach geltender Rechtslage Artikel 1 § 1 RBerG entgegen, so dass die Verbraucherverbände lediglich Unterlassungsklagen erheben konnten.

Zu Absatz 3 – Änderung der Zivilprozessordnung

Zu Nummer 1 – Einfügung eines § 29c

Der bisherige § 7 HTWG kann als ausschließlich verfahrensrechtliche Norm nicht in das Bürgerliche Gesetzbuch integriert werden. Er wird daher – seinem Regelungsgehalt entsprechend – in die Vorschriften der Zivilprozessordnung zum Gerichtsstand eingefügt. Dabei wird die Vorschrift neu gefasst, um einem Mangel der bisherigen Regelung des § 7 HTWG zu begegnen:

Der bisherige § 7 Abs. 1 HTWG bezweckt unter anderem, den Verbraucher vor wohnsitzferner Inanspruchnahme zu schützen und ihm eine Klagemöglichkeit am Wohnsitz zu eröffnen. Die Vorschrift sieht hierfür eine ausschließliche Zuständigkeit unabhängig davon vor, ob der Verbraucher oder die andere Vertragspartei klagt. Dies engt den Verbraucher unnötig ein. Durch die Neufassung des Absatzes 1 ist der Verbraucher nunmehr in gleicher Weise wie bisher geschützt und erhält zusätzlich die Möglichkeit, am allgemeinen Gerichtsstand der anderen Vertragspartei und am Erfüllungsort zu klagen.

Für diesen Fall ist es jedoch erforderlich, die Einschränkung, die § 33 Abs. 2 ZPO für Widerklagen vornimmt, wenn für diese ein ausschließlicher Gerichtsstand besteht, für Widerklagen der anderen Vertragspartei aufzuheben. Dies ordnet der Absatz 2 an. Denn es wäre unbillig,

die andere Vertragspartei für eine Widerklage auf den ausschließlichen Gerichtsstand nach Absatz 1 Satz 2 zu verweisen, wenn der Verbraucher sie trotz bestehender heimischer Klagemöglichkeit an ihrem allgemeinen Gerichtsstand oder am Erfüllungsort in Anspruch nimmt.

Der Absatz 3 entspricht wörtlich dem bisherigen § 7 Abs. 2 HTWG.

Im Übrigen wird in der Vorschrift statt „Kunde“ nunmehr das Wort „Verbraucher“ verwandt. Dies entspricht dem Sprachgebrauch des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Eine Erweiterung des Anwendungsbereichs der Vorschrift auf andere Verträge mit Verbrauchern ist damit nicht verbunden.

Zu Nummer 2 und 3 – Änderung des § 207 Abs. 1, des § 270 Abs. 3, des § 691 Abs. 2 und des § 693 Abs. 2

Es handelt sich um redaktionelle Folgeänderungen aus der Neugestaltung des Verjährungsrechts des Bürgerlichen Gesetzbuchs: An die Stelle der in § 207 Abs. 1, § 270 Abs. 3, § 691 Abs. 2 und § 693 Abs. 2 BGB bislang genannten Unterbrechung der Verjährung tritt die Hemmung der Verjährung nach § 204 BGB-RE und ihr Neubeginn nach § 212 BGB-RE. Bei der Nennung des Neubeginns der Verjährung kann auf die Paragraphenangabe verzichtet werden, da es nur eine Neubeginnsvorschrift gibt.

Zu Nummer 4 – Änderung des § 688 Abs. 2 Nr. 1

Es handelt sich um eine redaktionelle Folgeänderung auf Grund der Integration des Verbraucherkreditgesetzes in das Bürgerliche Gesetzbuch.

Zu Nummer 5 – Änderung des § 690

Es handelt sich um eine redaktionelle Folgeänderung auf Grund der Integration des Verbraucherkreditgesetzes in das Bürgerliche Gesetzbuch.

Zu Absatz 4 – Änderung der Verordnung zur Einführung von Vordrucken für das Mahnverfahren

Es handelt sich um eine redaktionelle Folgeänderung auf Grund der Integration des Verbraucherkreditgesetzes in das Bürgerliche Gesetzbuchs.

Zu Absatz 5 – Änderung des Grundbuchbereinigungsgesetzes

Es handelt sich um eine redaktionelle Folgeänderung aus der Neugestaltung des Verjährungsrechts des Bürgerlichen Gesetzbuchs: An die Stelle der Unterbrechung der Verjährung durch Anerkenntnis nach dem bisherigen § 208 BGB tritt der Neubeginn der Verjährung nach § 212 Abs. 1 Nr. 1 BGB-RE.

Zu Absatz 6 – Änderung des Gerichtskostengesetzes

Zu Nummer 1 – Änderung des § 10

Es handelt sich überwiegend um redaktionelle Anpassungen des § 10 an die Neufassung des Verjährungsrechts des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

In Absatz 2 Satz 1 soll zur Bestimmung des Fristbeginns bei Ansprüchen auf Rückerstattung an den Zeitpunkt der Überzahlung geknüpft werden.

Die Einlegung von Rechtsbehelfen stellt eine gerichtliche Geltendmachung dar und soll aus diesem Grund in dem neuen Satz 3 des Absatzes 2 der Klageerhebung ausdrücklich gleichgestellt werden (vgl. § 204 BGB-RE).

Bei der Neufassung von Absatz 3 Satz 2 handelt es sich um eine redaktionelle Folgeänderung aus der neuen Terminologie des Verjährungsrechts des BGB: An die Stelle der in Absatz 3 Satz 2 bislang genannten Unterbrechung der Verjährung tritt der Neubeginn.

Nach geltendem Absatz 3 Satz 4 wird die Verjährung bei Kostenbeträgen unter 20 DM nicht unterbrochen. An die Stelle der Unterbrechung tritt der Neubeginn der Verjährung. Neu aus Gründen der Vereinfachung ist der Ausschluss jeglicher Hemmung bei Kleinbeträgen. Außerdem soll der Kostenbetrag, unter dem die Verjährung der Ansprüche auf Zahlung nicht erneut beginnen (§ 212 BGB-RE) oder gehemmt werden soll, von 20 DM auf 25 Euro angehoben werden.

Zu Nummer 2 – Änderung des § 12 Abs. 1 Satz 2

ES handelt sich um eine redaktionelle Folgeänderung auf Grund der Integration des AGB-Gesetzes in das Bürgerliche Gesetzbuch und Schaffung eines Unterlassungsklagengesetzes.

Zu Absatz 7 – Änderung der Kostenordnung

Zu Nummer 1 – Änderung des § 17

Die durch eine Anpassung an die Neufassung des Verjährungsrechts des Bürgerlichen Gesetzbuchs veranlassten Änderungen des § 17 folgen denselben Erwägungen, die oben zu § 10 GKG wiedergegeben sind.

Zu Nummer 2- Änderung des § 143 Abs. 1

Mit der Streichung des § 17 aus dem Nichtanwendbarkeitskatalog des § 143 wird das Auseinanderfallen der Verjährungsregeln für die Gerichtskosten und die Kosten der verbeamteten Notare einerseits und den Notarkosten andererseits aufgehoben. Die geltende Regelung, wonach die Verjährung der Notargebühren, wenn diese den Notaren für ihre Tätigkeit selbst zufließen, im Bürgerlichen Gesetzbuch normiert ist, ist rechtssystematisch nicht korrekt: Bei den Notargebührenansprüchen handelt es sich um solche öffentlich-rechtlicher Natur. Durch die Neuregelung erhöht sich die Verjährungsfrist von 2 auf 4 Jahre.

Zu Absatz 8 – Änderung des Gesetzes über Kosten der Gerichtsvollzieher

Die durch eine Anpassung an die Neufassung des Verjährungsrechts des Bürgerlichen Gesetzbuchs veranlassten Änderungen des § 8 folgt denselben Erwägungen, die oben zu § 10 GKG wiedergegeben sind.

Zu Absatz 9 – Änderung des Gesetzes über die Entschädigung von Zeugen und Sachverständigen

Zu § 15

Zu Absatz 4

Mit der Verweisung auf die verjährungsrechtlichen Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs und die Nichtberücksichtigung der Verjährung von Amts wegen sollen die Verjährungsregelungen den Vorschriften der übrigen Kostengesetze angepasst werden.

Zu Absatz 5

Der Verjährungsbeginn, der nach geltendem Recht von der streitigen Frage, wann der Anspruch „entstanden“ ist, abhängt, soll auf den Zeitpunkt festgelegt werden, zu dem der Anspruch erstmalig geltend gemacht werden kann. Dies ist beim Zeugen die Beendigung seiner

Zuziehung; beim Sachverständigen die Erledigung seines Auftrags. Der Antrag auf Entschädigung stellt eine gerichtliche Geltendmachung dar und soll aus diesem Grunde der Klageerhebung gleichgestellt werden (vgl. § 204 BGB-RE).

Zu Absatz 6

Für die Verjährung von Ansprüchen auf Erstattung zuviel gezahlter Beträge sollen die Vorschriften des § 10 GKG über die Verjährung von Ansprüchen auf Zahlung von Kosten entsprechend angewandt werden.

Zu Absatz 10 – Änderung des § 19 Abs. 7 der Bundesgebührenordnung für Rechtsanwälte

Es handelt sich um eine Folgeänderung aus der Neugestaltung des Verjährungsrechts des Bürgerlichen Gesetzbuchs: So wie die Klageerhebung nach § 204 Nr. 1 BGB-RE die Verjährung nicht mehr unterbricht, sondern hemmt, wird die Verjährung der Vergütungsansprüche des Rechtsanwalts durch den Antrag auf Festsetzung der Vergütung auch nur noch gehemmt.

Zu Absatz 11 – Änderung des Schuldrechtsanpassungsgesetzes

Es handelt sich um eine redaktionelle Folgeänderung, die durch die Verschiebung der Vorschriften über das Vorkaufrecht im Bürgerlichen Gesetzbuch bedingt ist.

Zu Absatz 12 – Änderung des § 66 Abs. 1 Satz 1 des Gesetzes über Rechte an eingetragenen Schiffen und Schiffsbauwerken

Es handelt sich um eine redaktionelle Folgeänderungen aus der Neugestaltung des Verjährungsrechts des Bürgerlichen Gesetzbuchs: An die Stelle der Unterbrechung der Verjährung durch Anerkenntnis nach dem bisherigen § 208 BGB tritt der Neubeginn der Verjährung nach § 212 Abs. 1 Nr. 1 BGB-RE.

Zu Absatz 13 – Änderung des § 66 Abs. 1 Satz 1 Gesetzes über Rechte an Luftfahrzeugen

Es handelt sich um eine redaktionelle Folgeänderungen aus der Neugestaltung des Verjährungsrechts des Bürgerlichen Gesetzbuchs: An die Stelle der Unterbrechung der Verjährung durch Anerkenntnis nach dem bisherigen § 208 BGB tritt der Neubeginn der Verjährung nach § 212 Abs. 1 Nr. 1 BGB-RE.

Zu Absatz 14 – Änderung des Sachenrechtsbereinigungsgesetzes

Zu Nummer 1 – Änderung des § 72 Abs. 1 Satz 2

Es handelt sich um eine redaktionelle Folgeänderung, die durch die Neugestaltung der Haftung des Verkäufers für Sachmängel nach dem Kaufrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs bedingt ist.

Zu Nummer 2 – Änderung des § 82 Abs. 3 Satz 3

Es handelt sich um eine Folgeänderung aus der Neugestaltung des Verjährungsrechts des Bürgerlichen Gesetzbuchs: So wie die Klageerhebung nach § 204 Nr. 1 BGB-RE die Verjährung nicht mehr unterbricht, sondern hemmt, wird die Verjährung der Ansprüche durch die Einleitung des notariellen Vermittlungsverfahrens auch nur noch gehemmt.

Zu Nummer 3 und 4 – Änderung der §§ 84 Abs. 2 Satz 1 und 121 Abs. 6 Satz 1

Es handelt sich um redaktionelle Folgeänderungen, die durch die Neugestaltung des Leistungsstörungsrechts im Allgemeinen Schuldrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs bedingt sind.

Zu Absatz 15 – Änderung des § 20 Abs. 8 des Vermögensgesetzes

Es handelt sich um eine redaktionelle Folgeänderung, die durch die Verschiebung der Vorschriften über den Vorkauf im Kaufrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs bedingt ist.

Zu Absatz 16 – Änderung des Handelsgesetzbuchs

Zu Nummer 1 – Änderung des § 26 Abs. 1 und des § 160 Abs. 1

Die §§ 26 und 160 regeln die Begrenzung der Nachhaftung des früheren Geschäftsinhabers (§ 26) und des ausgeschiedenen Gesellschafters (§ 160) auf fünf Jahre.

Nach dem bisherigen Absatz 1 Satz 1 der beiden Vorschriften bewirkt die innerhalb der 5-Jahres-Frist erfolgte gerichtliche Geltendmachung den Ausschluss des Einwandes der Enthaftung. In dem bisherigen Absatz 1 Satz 3 der beiden Vorschriften wird u.a. der geltende § 212 BGB für entsprechend anwendbar erklärt. Wendet man demgemäß § 212 Abs. 1 BGB entsprechend an, bedeutet dies, dass der Ausschluss des Einwandes der Enthaftung durch

die Klageerhebung als nicht erfolgt gilt, wenn die Klage zurückgenommen oder durch ein nicht in der Sache selbst entscheidendes Urteil rechtskräftig abgewiesen wird.

Entsprechendes gilt für die weiteren Arten der gerichtlichen Geltendmachung, wo durch die in dem bisherigen Absatz 1 Satz 3 der beiden Vorschriften getätigten Verweisungen die Wirkung des Ausschlusses des Einwandes der Enthaftung entweder unter eine Bedingung gestellt wird oder sie bei Zurücknahme oder ähnlichen Gründen als nicht erfolgt gilt (bisheriger § 210 Satz 1 BGB: Wirkung des Antrags auf Vorentscheidung nur, wenn binnen drei Monaten Klage erhoben oder der Güteantrag angebracht wird; bisheriger § 212a Satz 3 BGB: Wirkung des Güteantrags gilt bei Zurücknahme als nicht erfolgt; bisheriger § 213 Satz 1 BGB: über Verweisung auf den bisherigen § 212a Satz 3 BGB gilt die Wirkung des Mahnbescheids bei Zurücknahme als nicht erfolgt; bisheriger § 213 Satz 3 BGB: Wirkung des Mahnbescheids gilt als nicht erfolgt, wenn dieser seine Kraft verliert; bisheriger § 214 Abs. 2 BGB: Wirkung der Anmeldung im Insolvenzverfahren oder im Schifffahrtsrechtlichen Verteilungsverfahren gilt als nicht erfolgt, wenn die Anmeldung zurückgenommen wird; bisheriger § 215 Abs. 1 BGB: Wirkung der Aufrechnung oder der Streitverkündung gilt als nicht erfolgt, wenn nicht binnen sechs Monaten Klage erhoben wird; bisheriger § 216 BGB: Wirkung der Vollstreckungshandlung oder des Antrags auf Zwangsvollstreckung enfällt, wenn die Vollstreckungsmaßregel aufgehoben, dem Antrag nicht stattgegeben oder der Antrag zurückgenommen wird; bisheriger § 220 BGB: über Verweisung auf den bisherigen § 212 Abs. 1 BGB gilt die Wirkung der Geltendmachung vor sonstigen Gerichten als nicht erfolgt, wenn die Klage zurückgenommen oder durch ein nicht in der Sache selbst entscheidendes Urteil rechtskräftig abgewiesen wird).

Nach den §§ 204 und 212 BGB-RE gibt es ein solches Entfallen der Wirkungen von Rechtsverfolgungsmaßnahmen nur noch in den Fällen der Vornahme oder Beantragung einer Vollstreckungshandlung (vgl. § 212 Abs. 2 und 3 BGB-RE). Um zu vermeiden, dass ein Gläubiger beispielsweise durch die Zustellung eines Mahnbescheids dem früheren Geschäftsinhaber oder dem ausgeschiedenen Gesellschafter den Einwand der Enthaftung nimmt, selbst wenn der Gläubiger den Mahnbescheid anschließend zurücknimmt, bedarf es einer Umstellung des Systems der §§ 26 und 160.

Diese Umstellung erfolgt derart, dass in Absatz 1 Satz 1 an die Stelle der gerichtlichen Geltendmachung zunächst die Feststellung der Verbindlichkeit in einer in § 197 Abs. 1 Nr. 3 bis 5 BGB-RE bezeichneten Art tritt. Im Gegenzug wird die 5-Jahres-Frist bereits durch die Rechtsverfolgung i.S.v. § 204 BGB-RE gehemmt, indem in Absatz 1 Satz 3 § 204 BGB-RE für entsprechend anwendbar erklärt wird. Des Weiteren wird in Absatz 1 Satz 1 die Vornah-

me oder Beantragung einer gerichtlichen oder behördlichen Vollstreckungshandlung angeführt. Da dies schon nach dem bisherigen § 209 Abs. 2 Nr. 5 BGB als gerichtliche Geltendmachung gilt, liegt insoweit keine Änderung vor. Das rückwirkende Entfallen der Wirkung wird durch den in Absatz 1 Satz 3 aufgenommenen Verweis auf den bereits erwähnten § 212 Abs. 2 und 3 BGB-RE sichergestellt.

Schließlich tritt in Absatz 1 Satz 3 an die Stelle der Verweisung auf die bisherigen §§ 203, 206 und 207 BGB die Verweisung auf die §§ 206, 210 und 211 BGB-RE. Hierbei handelt es sich lediglich um redaktionelle Folgeänderungen aus der Neufassung des Verjährungsrechts des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Zu Nummer 2 – Änderung des § 26 Abs. 2 und des § 160 Abs. 2

Als Folgeänderung zu der in § 26 Abs. 1 Satz 1 und § 160 Abs. 1 Satz 1 vorgenommenen Ersetzung der gerichtlichen Geltendmachung durch die Feststellung der Verbindlichkeit in einer in § 197 Abs. 1 Nr. 3 bis 5 BGB-RE bezeichneten Art ist auch in dem jeweiligen Absatz 2 der §§ 26 und 160 der Begriff der gerichtlichen Geltendmachung zu ersetzen. Eine inhaltliche Änderung ist damit nicht verbunden.

Zu Nummer 3 – Änderung des § 27 Abs. 2 Satz 2 und des § 139 Abs. 3 Satz 2

Es handelt sich um redaktionelle Folgeänderungen aus der Neugestaltung des Verjährungsrechts des Bürgerlichen Gesetzbuchs: An die Stelle der in § 27 Abs. 2 Satz 2 und § 139 Abs. 3 Satz 2 bislang genannten Verweisung auf den bisherigen § 206 BGB tritt die Verweisung auf § 210 BGB-RE.

Zu Nummer 4 – Neufassung des § 159 Abs. 4

Es handelt sich um redaktionelle Folgeänderungen aus der Neugestaltung des Verjährungsrechts des Bürgerlichen Gesetzbuchs: An die Stelle der in § 159 Abs. 4 bislang genannten Unterbrechung der Verjährung tritt die Hemmung der Verjährung nach § 204 BGB-RE und ihr Neubeginn nach § 212 BGB-RE. Bei der Nennung des Neubeginns der Verjährung kann auf die Paragraphenangabe verzichtet werden, da es nur eine Neubeginnsvorschrift gibt.

Zu Nummer 5 – Neufassung des § 375 Abs. 2 Satz 1

Es handelt sich um eine Folgeänderung, die durch den Wegfall des bisherigen § 326 BGB veranlasst ist, auf den § 375 Abs. 2 Satz 1 in der bisherigen Fassung verweist. Kommt der Käufer mit seiner Verpflichtung zu näherer Bestimmung der Kaufsache gemäß § 375 Abs. 1 in Verzug, so kann er nach Absatz 2 Satz 1 der Vorschrift zurücktreten. Die bisher in § 326 BGB für den Verzug geregelten Rechtsfolgen finden sich nun in den §§ 280, 281 BGB-RE (Schadensersatz statt der Leistung) und § 323 BGB-RE (Rücktritt).

Zu Nummer 6 – Neufassung des § 378

Als Konsequenz aus der in dem neuen § 434 Abs. 3 BGB-RE getroffenen Regelung soll § 378 in der bisherigen Fassung gestrichen werden. Wenn bereits nach dem Kaufrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs die Lieferung einer anderen Sache oder einer zu geringen Menge dem Sachmangel gleichgestellt wird, ist eine besondere Vorschrift im Handelskauf entbehrlich.

Die Neufassung des § 378 erfolgt mit Blick auf Artikel 4 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie. Danach muss der unternehmerische Verkäufer einer Sache, der von dem Verbraucher wegen eines Mangels der Sache in Anspruch genommen wird, einen Regressanspruch gegen seinen Vormann oder gegen andere Personen in der Absatzkette haben. Der Entwurf sieht eine Regelung hierzu in den §§ 478 und 479 BGB-RE vor. Als Ergänzung soll der neu gefasste § 378 dienen. Danach bleiben dem Käufer einer Ware, der diese im normalen Geschäftsverkehr weiterverkauft, die Rechte wegen eines Mangels der Ware auch dann erhalten, wenn er sie nicht gemäß § 377 gerügt hat. Hintergrund ist der Umstand, dass im normalen Massengeschäft ein Mangel sich regelmäßig erst bei dem Letztkäufer, dem Verbraucher zumeist, zeigt, weil dort die Sache erstmals in Gebrauch genommen wird. Ein Rückgriff des deshalb in Anspruch genommenen Letztverkäufers soll nicht ohne weiteres an einer unterbliebenen Rüge scheitern.

Zu Nummer 7 – Neufassung des § 381 Abs. 2

§ 381 Abs. 2 betrifft den Fall des Werklieferungsvertrags. Dieser wird im neuen § 651 BGB-RE umfassender geregelt. Dies muss in § 381 Abs. 2 nachvollzogen werden.

Zu Nummer 8 – Aufhebung des § 382

Der bisherige § 382 ist durch die Aufhebung der Viehgewährschaftsregelungen obsolet.

Zu Nummer 9 – Änderung des § 417 Abs. 1

§ 417, der in der derzeitigen Fassung den bisherigen §§ 643 und 326 BGB nachgebildet ist, soll mit der Neufassung an die geänderte Konzeption des Entwurfs angepasst werden. § 323 BGB-RE verzichtet im Unterschied zum bisherigen Recht auf die Ablehnungsandrohung als Voraussetzung für das Rücktrittsrecht des Gläubigers. Ausreichend ist vielmehr eine Leistungsaufforderung, die mit einer Fristsetzung verbunden wird. Auch die Neufassung des § 417 Abs. 1 enthält deshalb die Notwendigkeit einer über die Fristbestimmung hinaus gehenden Erklärung des Frachtführers nicht mehr.

Zu Nummer 10 und 12 – Neufassung des § 612 Abs. 1 und Änderung des § 901

Nach dem bisherigen § 612 Abs. 1 wird im Seefrachtrecht der Verfrachter von jeder Haftung für die Güter frei, wenn der Anspruch nicht innerhalb eines Jahres seit der Auslieferung der Güter (§ 611 Abs. 1 Satz 1) oder seit dem Zeitpunkt, zu dem sie hätten ausgeliefert werden müssen, gerichtlich geltend gemacht wird. Diese Frist kann jedoch durch eine zwischen den Parteien nach dem Ereignis, aus dem der Anspruch entstanden ist, getroffene Vereinbarung verlängert werden.

Mit der Neufassung tritt an die Stelle der einjährigen Ausschlussfrist eine einjährige Verjährungsfrist für Ansprüche aus Seefrachtverträgen sowie aus Konnossementen, die den Vorschriften des vierten Abschnitts des fünften Buches des Handelsgesetzbuchs, also den Vorschriften über das Frachtgeschäft zur Beförderung von Gütern, unterliegen. Damit wird eine weitgehende Anpassung des § 612 Abs. 1 an § 439 Abs. 1 vorgenommen: Zum einen wird die im Seehandelsrecht geltende Frist ebenfalls als Verjährungsfrist ausgestaltet. Zum anderen werden auch die Ansprüche des Beförderers selbst derselben Verjährungsfrist unterworfen. Diese Anpassung an die Verjährung nach Landfrachtrecht ist vor allem wegen der derzeitigen Unklarheit darüber, in welchem Umfang die allgemeinen Vorschriften über die Verjährung, insbesondere über die Hemmung und Unterbrechung, analog auf die Regelung des § 612 anzuwenden sind, erwünscht. Sie schafft zudem eine Symmetrie mit dem im vierten Buch des Handelsgesetzbuchs normierten Transportrecht und stellt damit sicher, dass Seefrachtverträge, auf die § 612 anzuwenden ist, vergleichbaren Regelungen unterworfen sind wie Multimodalverträge, die auch eine Seebeförderung zum Gegenstand haben, die aber gemäß § 452 der Regelung des § 439 unterworfen sind. Die vorgeschlagene Regelung in § 612 Abs. 1 stimmt mit Artikel 3 § 6 des Internationalen Abkommens vom 25. August 1924 zur Vereinheitlichung von Regeln über Konnossemente (RGBl. 1939 II S. 1049; sog. Haager Regeln) überein.

Neben den Ansprüchen aus Frachtverträgen werden - entsprechend dem bisherigen § 901 Nr. 4 - die Ansprüche aus dem Konnossement besonders genannt.

Wie schon die bisherige Ausschlussfrist beginnt auch die einjährige Verjährungsfrist mit der Auslieferung der Güter oder mit dem Zeitpunkt, zu dem sie hätten ausgeliefert werden müssen (vgl. § 611 Abs. 1 Satz 1). Damit stimmt die Regelung auch insoweit mit § 439 Abs. 2 Satz 1 und 2 überein.

Die Anpassung an § 439 geht allerdings nicht so weit, dass auch § 439 Abs. 1 Satz 2 (dreijährige Verjährungsfrist bei grobem Verschulden) und § 439 Abs. 2 Satz 3 (abweichender Verjährungsbeginn bei Rückgriffsansprüchen) auf das Seerecht erstreckt werden. Diese Regelungen entsprechen nicht dem Protokoll von 1968 zur Änderung des am 25. August 1924 in Brüssel unterzeichneten Internationalen Abkommens zur Vereinheitlichung von Regeln über Konnossemete (sog. Visby Regeln), das von der Bundesrepublik Deutschland zwar nicht ratifiziert wurde, dessen Regelungen die Bundesrepublik aber in vollem Umfang in das nationale Recht übernommen hat.

Der bisherige § 612 Abs. 1 Satz 2, der eine Verlängerung des einjährigen Ausschlussfrist durch Parteivereinbarung gestattet, ist mit der Umstellung auf die Verjährung entbehrlich, da die Verlängerung der Verjährungsfrist nach § 202 Abs. 2 BGB-RE bis zu einer Obergrenze von 30 Jahren grundsätzlich den Parteien freigestellt ist. Anders als in § 439 Abs. 4 steht im Seerecht auch keine zwingendes Regelung einer Verlängerung der Frist nach Entstehung des Anspruchs entgegen: § 662 verbietet – selbst bei Ausstellung eines Konnossements – nicht für den Befrachter günstigere Abreden und erlaubt zudem alle Vereinbarungen nach Eintritt des schädigenden Ereignisses.

Durch die Neufassung des § 612 Abs. 1 wird die Regelung des bisherigen § 901 Nr. 4 überflüssig.

Zu Nummer 11 – Änderung des § 759 Abs. 3 Satz 2

Der bisherige Absatz 3 Satz 2 bestimmt, dass eine Hemmung oder Unterbrechung der einjährigen Erlöschensfrist des Pfandrechts eines Schiffsgläubigers nach Absatz 1 aus anderen Gründen als denen nach Absatz 3 Satz 1 (Hemmung, wenn der Gläubiger rechtlich daran gehindert ist, sich aus dem Schiff zu befriedigen) nicht stattfindet. Im Zuge des im Verjährungsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs vorgenommenen terminologischen Wechsels von

„Unterbrechung“ zu „Neubeginn“ soll auch hinsichtlich der Erlöschensfrist die Begrifflichkeit gewechselt werden.

Zu Absatz 17 – Änderung des Umwandlungsgesetzes

Die Änderungen des Umwandlungsgesetzes folgen denselben Erwägungen, die für die Änderung der §§ 26 und 160 HGB maßgebend sind. Insoweit wird auf die dortige Begründung verwiesen.

Zu den Absätzen 18 und 19 – Neufassung des Artikels 53 des Scheckgesetzes und des Artikels 71 des Wechselgesetzes

Es handelt sich um redaktionelle Folgeänderungen aus der Neugestaltung des Verjährungsrechts des Bürgerlichen Gesetzbuchs: An die Stelle der in Artikel 53 Scheckgesetz und Artikel 71 Wechselgesetz bislang genannten Unterbrechung der Verjährung tritt die Hemmung der Verjährung nach § 204 BGB-RE und ihr Neubeginn nach § 212 BGB-RE. Bei der Nennung des Neubeginns der Verjährung kann auf die Paragraphenangabe verzichtet werden, da es nur eine Neubeginnsvorschrift gibt.

Zu Absatz 20 – Änderung des Patentgesetzes

Zu Nummer 1 und 2 – Neufassung des § 33 Abs. 3 und des § 141

Zu § 141

§ 141 regelt die Verjährung der Ansprüche wegen Verletzung des Patentrechts in Anlehnung an die Verjährung der Ansprüche aus unerlaubter Handlung gemäß dem bisherigen § 852 BGB. Der bisherige Satz 1 enthält eine Regelung der Verjährungsfrist, die kenntnisabhängig beginnt und drei Jahre, ohne Rücksicht auf die Kenntnis 30 Jahre beträgt. Der bisherige Satz 2 erklärt den bisherigen § 852 Abs. 2 BGB für entsprechend anwendbar. Der bisherige Satz 3 entspricht dem bisherigen § 852 Abs. 3 BGB.

Die Regelung der bisherigen Sätze 1 und 2 kann durch die in dem neuen Satz 1 enthaltende pauschale Verweisung auf die Vorschriften des Abschnitts 5 des Buches 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs zusammengefasst werden. Mangels besonderer Regelung sind insbesondere die regelmäßige Verjährungsfrist von drei Jahren nach § 195 BGB-RE und ihr Verjährungsbeginn nach § 199 BGB-RE einschlägig, die an die Stelle des bisherigen § 852 Abs. 1 BGB treten. Zu den sich daraus ergebenden inhaltlichen Änderungen wird auf die Begründung zu

den §§ 195 und 199 BGB-RE verwiesen. Die wesentliche Änderung besteht in der Änderung der absoluten Verjährungsfrist von 30 auf 10 Jahre, was der allgemeinen Absicht einer Reduzierung der Verjährungsfristen entspricht. 10 Jahre erscheinen auch im Patentrecht, ebenso wie bei den unerlaubten Handlungen der §§ 823 ff. BGB, als angemessen.

Ferner ist durch die Verweisung auf die §§ 194 ff. BGB der § 203 BGB-RE – Hemmung der Verjährung bei Verhandlungen – erfasst, der den bisherigen Hemmungsgrund des § 852 Abs. 2 BGB ersetzt.

Der neue Satz 3 betrifft den deliktischen „Bereicherungsanspruch“ und verweist hierfür auf § 852 BGB-RE, wonach der Bereicherungsanspruch einer zehnjährigen Verjährungsfrist unterliegt, beginnend mit der Fälligkeit (siehe die Begründung zu § 852 BGB-RE). Die Beibehaltung des Bereicherungsanspruchs ist für den effektiven Schutz des Patentrechts wichtig. Trotz Kenntnis von der Patenrechtsverletzung wird nämlich oftmals auf eine Verfolgung der Ansprüche innerhalb der dreijährigen Verjährungsfrist verzichtet, wenn der Patentrechtsinhaber auf Grund eines Einspruchsverfahrens oder eines nachfolgenden Gerichtsverfahrens mit der Unsicherheit lebt, ob die Patenterteilung auch tatsächlich Bestand hat, was wiederum die Voraussetzung für die Ansprüche wegen Verletzung des Patentrechts ist. Zudem ist die Begrenzung auf die Bereicherung für den Patentrechtsinhaber oftmals unproblematisch, weil sowohl die Schadensersatzansprüche als auch die Bereicherungsansprüche zumeist auf der Basis der Lizenzanalogie berechnet werden. Die 10-Jahres-Frist wird diesem praktischen Bedürfnis in angemessener Weise gerecht.

Zu § 33 Abs. 3

§ 33 Abs. 3 regelt die Verjährung des Anspruchs auf angemessene Entschädigung gegen den Benutzer einer Erfindung, die Gegenstand der Anmeldung war. Bislang verwies der Absatz 3 auf § 141. Da § 141 RE nunmehr auf die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs verweist, wird zur Vermeidung von Doppelverweisungen die Regelung des § 141 RE unmittelbar in § 33 Abs. 3 aufgenommen. Beibehalten wird die Regelung, dass die Verjährung des der dreijährigen (Regel-)Verjährungsfrist unterfallenden Anspruchs frühestens ein Jahr nach Erteilung des Patents eintritt.

Zu Nummer 3 – Anfügung eines zwölften Abschnitts

Mit der Nummer 3 wird dem Patentgesetz ein neuer zwölfter Abschnitt mit der Abschnittsbezeichnung „Übergangsvorschriften“ angefügt. In dem darin enthaltenen neu-

en § 147 wird eine Vorschrift angefügt, die die in Artikel 229 § 5 EGBGB-RE enthaltene Überleitungsvorschrift zum Verjährungsrecht nach dem Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts ergänzt.

Grundsätzlich findet Artikel 229 § 5 EGBGB-RE Anwendung auf alle Ansprüche, seien sie im Bürgerlichen Gesetzbuch oder außerhalb des Bürgerlichen Gesetzbuchs geregelt, wenn diese Ansprüche sich verjährungsrechtlich ganz oder teilweise nach dem Verjährungsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs richten. Insoweit bedarf es keiner ausdrücklichen Verweisung.

Etwas anderes gilt jedoch, wenn in Gesetzen außerhalb des Bürgerlichen Gesetzbuchs eigenständige Verjährungsregelungen enthalten sind, die durch Bezugnahmen auf Verjährungsvorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs ersetzt werden sollen. Hinsichtlich solcher eigenständigen Verjährungsregelungen greift Artikel 229 § 5 EGBGB-RE nicht ein. Dann müssen Übergangsvorschriften geschaffen werden, wonach die bisherigen spezialgesetzlichen Verjährungsregelungen den bisherigen BGB-Verjährungsvorschriften bei der Anwendung des Artikel 229 § 5 EGBGB-RE gleichgestellt sind.

Ein solcher Fall liegt hier vor: Der bisherige § 141 und der auf ihn verweisende bisherige § 33 Abs. 3 regeln bislang eigenständig die Verjährungsfrist und den Verjährungsbeginn. Soweit nach Artikel 229 § 5 EGBGB-RE die bisherigen Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs auch nach dem 1. Januar 2002 ihre Wirkung entfalten, soll dasselbe auch für den bisherigen § 33 Abs. 3 und den bisherigen § 141 gelten.

Zu Absatz 21 – Änderung des Gebrauchsmustergesetzes

Die Neufassung des § 24c und die Anfügung des § 31 folgen den gleichen Erwägungen, die für die Neufassung des § 141 Patentgesetz und die Anfügung des § 147 Patentgesetz maßgebend sind. Insoweit wird auf die dortigen Ausführungen verwiesen.

Zu Absatz 22 – Änderung des Markengesetzes

Die Neufassung des § 20 und die Anfügung des neuen Absatzes 3 an § 165 folgen den gleichen Erwägungen, die für die Neufassung des § 141 Patentgesetz und die Anfügung des § 147 Patentgesetz maßgebend sind. Insoweit wird auf die dortigen Ausführungen verwiesen.

Zu Absatz 23 – Änderung des Halbleiterschutzgesetzes

Der geltende § 9 Abs. 1 Satz 4 verweist auf § 24c Gebrauchsmustergesetz. Wie bei § 33 Abs. 3 Patentgesetz soll auch hier eine Doppelverweisung vermieden werden. Daher wird die Regelung des § 24c Gebrauchsmustergesetz-RE unmittelbar in den neuen Absatz 2 des § 9 aufgenommen. Die Übergangsregelung wird in § 26 eingestellt. Inhaltlich folgen die neuen Vorschriften den gleichen Erwägungen, die für die Neufassung des § 141 Patentgesetz und die Anfügung des § 147 Patentgesetz maßgebend sind. Insoweit wird auf die dortigen Ausführungen verwiesen.

Zu Absatz 24 – Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb

Zu Nummer 1 – Änderung des § 13 Abs. 2

Es handelt sich um eine redaktionelle Folgeänderung auf Grund der Integration des AGB-Gesetzes in das Bürgerliche Gesetzbuch und Schaffung eines Unterlassungsklagengesetzes.

Zu Nummer 2 – Änderung des § 13a Abs. 3

Es handelt sich um eine redaktionelle Folgeänderung auf Grund der Integration des Haustürwiderrufsgesetzes in das Bürgerliche Gesetzbuch.

Zu Nummer 3 – Neufassung des § 27a Abs. 9

Bei der Neufassung des § 27a Abs. 9 handelt es sich um Folgeänderungen aus der Neugestaltung des Verjährungsrechts des Bürgerlichen Gesetzbuchs: So wie die Klageerhebung nach § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB-RE die Verjährung nicht mehr unterbricht, sondern hemmt, wird nach dem neuen Satz 1 die Verjährung der Ansprüche durch die Anrufung der Einigungsstelle auch nur noch gehemmt. Die bisherigen Sätze 3 und 4 werden die Sätze 2 und 3. Die bisherigen Sätze 2 und 5 entfallen aus denselben Gründen wie der bisherige § 211 Abs. 1 BGB und der bisherige § 212 Abs. 1 BGB (siehe die Ausführungen zu § 204 Abs. 2 Satz 1 BGB-RE). Die Dauer der Hemmung ergibt sich aus § 204 Abs. 2 BGB-RE.

Zu Absatz 25 – Änderung des Urheberrechtsgesetzes

Zu Nummer 1 und 2 – Aufhebung des § 26 Abs. 7 und des § 36 Abs. 2

Nach dem bisherigen § 26 Abs. 7 verjähren Ansprüche aus dem Folgerecht in zehn Jahren und nach dem bisherigen § 36 Abs. 2 verjähren Ansprüche auf eine angemessene Beteiligung an unerwartet hohen Erträgnissen in zwei Jahren von dem Zeitpunkt an, in dem der Urheber von den Umständen, aus denen sich der Anspruch ergibt, Kenntnis erlangt, ohne Rücksicht auf die Kenntnis in zehn Jahren.

Beide Vorschriften sollen im Zuge der Harmonisierung der Verjährungsregeln entfallen. Es findet dann § 102 RE Anwendung, der wiederum auf die regelmäßige Verjährungsfrist von drei Jahren nach § 195 BGB-RE und ihren Beginn nach § 199 BGB-RE und zudem auf die zehnjährige Verjährungsfrist des deliktischen „Bereicherungsanspruchs" nach § 852 BGB-RE verweist.

Zu Nummer 3 und 4 – Neufassung des § 102

Die Neufassung des § 102 und die Anfügung des neuen § 137i folgen den gleichen Erwägungen, die für die Neufassung des § 141 Patentgesetz und die Anfügung des § 147 Patentgesetz maßgebend sind. Insoweit wird auf die dortigen Ausführungen verwiesen.

Zu Absatz 26 – Änderung des Verlagsgesetzes

Zu Nummer 1 – Änderung des § 37 Satz 1

Es handelt sich um eine redaktionelle Anpassung an die Neugestaltung des Rücktrittsrechts im Bürgerlichen Gesetzbuch, das sich nunmehr sowohl auf das gesetzliche als auch auf das vertragsmäßige Rücktrittsrecht bezieht.

Zu Nummer 2 - Aufhebung des § 37 Satz 2

§ 37 Satz 2 regelt den Fall, dass der Rücktritt wegen eines Umstandes erfolgt, den der andere Teil nicht zu vertreten hat. Dann soll dieser nur nach den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung haften. Das entspricht dem bisherigen § 327 Satz 2 BGB. Die Wiederholung in § 37 Satz 2 ist deshalb notwendig, weil diese Vorschrift in Satz 1 nur auf die Vorschriften über das vertragsmäßige Rücktrittsrecht verweist, der bisherige § 327 Satz 2 BGB sich aber auf das gesetzliche Rücktrittsrecht bezieht. Mit der Aufhebung des § 327 BGB und der Schaffung einheitlicher, sowohl für das vertragliche als auch für das gesetzliche Rücktrittsrecht geltender Regelungen in den §§ 346 ff. BGB-RE entfällt die Notwendigkeit für einen § 37 Satz 2.

Zu Absatz 27 – Änderung des Geschmacksmustergesetzes

Der geltende § 14a Abs. 3 verweist auf § 102 Urheberrechtsgesetz. Wie bei § 33 Abs. 3 Patentgesetz soll auch hier eine Doppelverweisung vermieden werden. Daher wird die Regelung des § 102 Urheberrechtsgesetz-RE unmittelbar in den neuen Absatz 4 des § 14a aufgenommen. Die Übergangsregelung wird in § 17 eingestellt. Inhaltlich folgen die neuen Vorschriften den gleichen Erwägungen, die für die Neufassung des § 141 Patentgesetz und die Anfügung des § 147 Patentgesetz maßgebend sind. Insoweit wird auf die dortigen Ausführungen verwiesen.

Zu Absatz 28 – Änderung des § 128 Abs. 1 Satz 2 des Gesetzes über den Versicherungsvertrag

Es handelt sich um ein Folgeänderung aus der Aufhebung der Vorschriften über den Viehkauf im Kaufrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Zu Absatz 29 – Neufassung des § 3 Nr. 3 Satz 4 des Pflichtversicherungsgesetzes

Es handelt sich um redaktionelle Folgeänderungen aus der Neugestaltung des Verjährungsrechts des Bürgerlichen Gesetzbuchs: An die Stelle der in § 3 Nr. 3 Satz 4 bislang genannten Hemmung und Unterbrechung der Verjährung tritt die Hemmung und der Neubeginn der Verjährung. Zugleich wird die Vorschrift nach dem Vorbild des § 159 Abs. 4 HGB-RE einfacher gefasst.

Zu Absatz 30 – Neufassung des Artikels 3 des Gesetzes zum Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 11. April 1980 über Verträge über den internationalen Warenkauf sowie zur Änderung des Gesetzes zu dem Übereinkommen vom 19. Mai 1956 über den Beförderungsvertrag im internationalen Straßengüterverkehr (CMR)

Artikel 3 betrifft die Verjährung der Ansprüche des Käufers nach UN-Kaufrecht, das selbst die Verjährung nicht regelt.

Zu Satz 1

Die Vorschrift erklärt derzeit in Satz 1 die §§ 477 und 478 BGB für entsprechend anwendbar. Dem entspricht die Neufassung des Satzes 1, die allgemein die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über die Verjährung der Ansprüche für anwendbar erklärt, die dem Käufer wegen eines Mangels der gekauften Sache zustehen. Das ist insbesondere § 438 BGB-RE,

wonach die Verjährungsfrist im Regelfall zwei Jahre beträgt (§ 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB-RE) und mit der Ablieferung gebinnt (§ 438 Abs. 2 BGB-RE). Die bisherige Fassung des Artikels 3 Satz 1 lässt abweichend hiervon die Verjährung mit dem Tag beginnen, an dem der Käufer gemäß Artikel 39 des Übereinkommens dem Verkäufer die Vertragswidrigkeit anzeigt. Dieses Hinausschieben des Verjährungsbeginns erscheint angesichts der deutlichen Verlängerung der Verjährungsfrist von sechs Monaten auf zwei Jahre nicht mehr erforderlich.

Zu Satz 2

Satz 2 in der bisherigen Fassung stellt die nach dem Übereinkommen dem Käufer zustehenden Rechte auf Aufhebung des Vertrags und Herabsetzung des Preises den Ansprüchen auf Wandelung oder Minderung gleich, damit auch auf diese Gestaltungsrechte die Verjährungsvorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs angewendet werden können. Diese Vorschrift ist schon deshalb zu ändern, weil auch das Bürgerliche Gesetzbuch in der Fassung dieses Entwurfs einen Anspruch auf Wandelung oder Minderung nicht mehr kennt, sondern stattdessen dem Käufer die Gestaltungsrechte „Rücktritt“ und „Minderung“ gewährt. Die Gestaltungsrechte unterliegen selbst nicht der Verjährung; § 194 Abs. 1 BGB-RE spricht nach wie vor nur von „Ansprüchen“. Die Ausübung der Gestaltungsrechte ist allerdings bei Verjährung des Anspruchs, dessen Verletzung sie begründet, ausgeschlossen, wenn sich der Schuldner hierauf beruft, § 218 BGB-RE (Rücktritt) und § 441 Abs. 5 BGB-RE (Minderung). Soweit der bisherige Artikel 3 Satz 1 auf den bisherigen § 478 BGB und damit auf die Erhaltung der Mängeleinrede verweist, sind an dessen Stelle § 438 Abs. 4 BGB-RE (Rücktritt) und wiederum § 441 Abs. 5 BGB-RE getreten. Der neue Satz 2 verweist daher auf die §§ 218 und 438 Abs. 4 sowie auf § 441 Abs. 5 BGB-RE.

Zu Satz 3

Nach dem bisherigen Satz 1 greift statt der kurzen Verjährungsfrist des geltenden § 477 BGB die regelmäßige Verjährungsfrist ein, wenn die Vertragswidrigkeit auf Tatsachen beruht, die der Verkäufer kannte oder über die er nicht in Unkenntnis sein konnte und die er dem Käufer nicht offenbart hat. Soweit dieses in Artikel 40 des Übereinkommens umschriebene Verhalten als arglistig anzusehen ist, ergibt sich diese Rechtsfolge bereits aus dem bisherigen § 477 Abs. 1 Satz 1 BGB, doch geht die Formulierung des bisherigen Satzes 1 darüber hinaus und deckt sich mit den Voraussetzungen, unter denen der Verkäufer sich nicht auf Versäumung der Rüge durch den Käufer berufen kann, Artikel 40 des Übereinkommens (Schlechtriem CISG, Art. 3 VertragsG Rdn. 9).

Hieran soll sich auch künftig nichts ändern. § 438 Abs. 3 BGB-RE bestimmt, dass bei arglistigem Verschweigen eines Mangels durch den Verkäufer die Mängelansprüche der regelmäßigen Verjährungsfrist unterliegen. Nach dem neuen Satz 3 gilt diese Rechtfolge weiterhin in allen Fällen, in denen die Vertragswidrigkeit auf Tatsachen beruht, die der Verkäufer kannte oder über die er nicht in Unkenntnis sein konnte und die er dem Käufer nicht offenbart hat.

Zu Absatz 31 – Änderung des Fernunterrichtsschutzgesetzes

Zu Nummer 1 – Neufassung des § 4

Die Neufassung des § 4 stellt lediglich eine redaktionelle Anpassung ohne inhaltliche Änderung dar. Sie trägt dem Umstand Rechnung, dass die Rechtsfolgen für den Widerruf von Verträgen in den §§ 355 ff. RE vereinheitlicht werden. Die Begrifflichkeit und die Verweisungen werden entsprechend an den Sprachgebrauch des Bürgerlichen Gesetzbuchs angepasst.

Zu Nummer 2 – Änderung des § 6

Es handelt sich um redaktionelle Anpassungen an die Verschiebungen von Vorschriften im Rücktrittsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs sowie an die Integration des Verbraucherkreditgesetzes in das Bürgerliche Gesetzbuch.

Zu Nummer 3 – Neufassung des § 9

Die Neufassung des § 9 resultiert aus der Integration des Verbraucherkreditgesetzes in das Bürgerliche Gesetzbuch. Inhaltliche Änderungen sind damit nicht verbunden.

Zu Absatz 32 – Änderung des Bundesberggesetzes

Zu Nummer 1 – Neufassung des § 117 Abs. 2

§ 117 Abs. 2 regelt die Verjährung der Ansprüche auf Ersatz des Bergschadens in Anlehnung an die Verjährung der Ansprüche aus unerlaubter Handlung gemäß dem bisherigen § 852 BGB. Der bisherige Satz 1 enthält eine Regelung der Verjährungsfrist, die kenntnisabhängig beginnt und drei Jahre, ohne Rücksicht auf die Kenntnis 30 Jahre beträgt. Der bisherige Satz 2 regelt in Entsprechung zu dem bisherigen § 852 Abs. 2 BGB die Hemmung der Verjährung bei Verhandlungen.

Diese Regelungen können durch die in dem neuen Absatz 1 enthaltende pauschale Verweisung auf die Vorschriften des Abschnitts 5 des Buches 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs zusammengefasst werden. Mangels besonderer Regelung sind insbesondere die regelmäßige Verjährungsfrist von drei Jahren nach § 195 BGB-RE und ihr Verjährungsbeginn nach § 199 BGB-RE einschlägig, die an die Stelle des bisherigen § 852 Abs. 1 treten. Zu den sich daraus ergebenden inhaltlichen Änderungen wird auf die Begründung zu den §§ 195 und 199 BGB-RE verwiesen. Die wesentliche Änderung besteht in der Änderung der absoluten Verjährungsfrist von 30 auf 10 Jahre, was der allgemeinen Absicht einer Reduzierung der Verjährungsfristen entspricht. 10 Jahre erscheinen auch im Bergschadensrecht, ebenso wie bei den unerlaubten Handlungen der §§ 823 ff. BGB, als angemessen. Die Hemmung der Verjährung bei Verhandlungen ergibt sich künftig aus § 203 BGB-RE.

Zu Nummer 2 – Einfügung eines § 170a

Die Einfügung eines § 170a folgt den gleichen Erwägungen, die für die Anfügung des § 147 des Patentgesetzes maßgebend sind. Insoweit wird auf die dortigen Ausführungen verwiesen.

Zu Absatz 33 – Änderung des Sortenschutzgesetzes

Die Neufassung des § 37c und die Anfügung des neuen Absatzes 7 an § 41 folgen den gleichen Erwägungen, die für die Neufassung des § 141 Patentgesetz und die Anfügung des § 147 Patentgesetz maßgebend sind. Insoweit wird auf die dortigen Ausführungen verwiesen.

Zu Artikel 6 – Aufhebung von Vorschriften

Zu Nummer 1

Die Verordnung über Kundeninformationspflicht geht in den §§ 9 und 10 der Verordnung über Informationspflichten nach Bürgerlichem Recht auf.

Zu Nummer 2

Die Viehhauptmängelverordnung ist mit der Aufhebung des Viehgewährschaftsrechts obsolet.

Zu Nummer 3

Das Verbraucherkreditgesetz geht in dem neuen Titel 3 des Abschnitts 7 des Buches 2 sowie in den §§ 355 bis 359 und 655a bis 655e BGB-RE auf.

Zu Nummer 4

Das AGB-Gesetz geht in den §§ 305 bis 310 BGB-RE, im Unterlassungsklagengesetz und in den neuen Verordnungsermächtigungen des siebten Teils des EGBGB auf.

Zu Nummer 5

Das Haustürwiderrufsgesetz geht in den neuen §§ 312, 312a, 312f, 355 bis 357 BGB-RE und § 29c ZPO auf.

Zu Nummer 6

Das Teilzeit-Wohnrechtegesetz geht in den neuen §§ 481 bis 487, 355 bis 358 BGB-RE und in § 2 der Verordnung über Informationspflichten nach Bürgerlichem Recht auf.

Zu Nummer 7

Das Fernabsatzgesetz geht in den neuen §§ 312b bis 312d, 312f, 355 bis 358 BGB-RE und § 1 der Verordnung über Informationspflichten nach Bürgerlichem Recht auf.

Zu Nummer 8

§ 32 Abs. 2 des D-Markbilanzgesetzes wird durch den neuen § 313 BGB-RE überflüssig.

Zu Nummer 9

Das Diskontsatz-Überleitungs-Gesetz geht in dem neuen § 247 BGB-RE und dem neuen Artikel 229 § 6 EGBGB auf.

Zu Nummer 10

Die Basiszinssatz-Bezugsgrößen-Verordnung wird durch die Neufassung des § 247 BGB-RE überflüssig.

Zu Nummer 11 und 12

Die FIBOR-Überleitungs-Verordnung und die Lombardsatz-Überleitungs-Verordnung werden durch Artikel 229 § 6 EGBGB entbehrlich und können aufgehoben werden.

Zu Nummer 13

§ 24 des Saatgutverkehrsgesetzes ist durch die Neuordnung des Kaufgewährleistungsrechts obsolet.

Zu Artikel 7 – Rückkehr zum einheitlichen Verordnungsrang

Artikel 7 enthält die für die künftige Änderung der Verordnung über Informationspflichten nach Bürgerlichem Recht notwendige sog. Entsteinerungsklausel.

Zu Artikel 8 – Neubekanntmachungserlaubnis

Das Bundesministerium der Justiz soll den Wortlaut des Bürgerlichen Gesetzbuchs und der Verordnung über Informationspflichten von Reiseveranstaltern neu bekannt machen können.

Zu Artikel 9 – Inkrafttreten

Artikel 5 Abs. 6 und 7 (Änderung des Gerichtskostengesetzes und der Kostenordnung) soll am 2. Januar 2002 in Kraft treten. Im Übrigen soll das Gesetz am 1. Januar 2002 in Kraft treten. Das zeitversetzte Inkrafttreten von Artikel 5 Abs. 6 und 7 ist bedingt durch das am 1. Januar 2002 in Kraft tretende Gesetz zur Umstellung des Kostenrechts und der Steuerberatergebührenverordnung auf Euro (KostREuroUG).

Legende

AGBG	AGB-Gesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 29. Juni 2000, BGBl. I S. 946
Baumbach/Lauterbach/ Albers/Hartmann	Zivilprozessordnung, Kommentar, 59. Aufl., 2000
Bericht	Abschlussbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts hrsg. vom Bundesministerium der Justiz, 1992
Bucher	Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1988
Erman/Bearb.	Erman, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 10. Aufl. 2000
Ernst/Zimmermann	Ernst/Zimmermann (Hrsg.), Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, 2001
Grundmann/Medicus/Rolland	Grundmann/Medicus/Rolland, Europäisches Kaufgewährleistungsrecht, 2000
Haug	Henner Haug, Die Neuregelung des Verjährungsrechts, 1999
Huber, Gutachten,	Ulrich Huber, Leistungsstörungen in: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, hrsg. vom Bundesministerium der Justiz, Bd. I, 1981, S. 647 ff.
Huber, Leistungsstörungen,	Ulrich Huber, Leistungsstörungen, Bd. I und II, 1999
IHR	Internationales Handelsrecht – Zeitschrift für die wirtschaftliche Praxis -
KE	Entwurf der Schuldrechtskommission
Münch/Komm/Bearb.	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 3. Aufl.
Palandt/Bearb.	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 60. Aufl. 2001
Peters/Zimmermann	Frank Peters/Reinhard Zimmermann, Der Einfluss von Verjährungsfristen auf Schuldverhältnisse, Möglichkeiten der Vereinheitlichung von Verjährungsfristen in: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, hrsg. vom Bundesministerium der Justiz, Bd. I, 1981, S. 77 ff.
Principles of European Contract Law	Lando/Beale (Hrsg.), Principles of European Contract Law, Parts I and II 2000; der Teil Verjährungsrecht ist darin noch nicht enthalten und in ZEuP 2001, 400 ff. gesondert vorab veröffentlicht
Principles of International Commercial Contracts	hrsg. 1994 von UNIDROIT
RE	Regierungsentwurf
Schlechtriem/Bearb.	Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht – CISG – 3. Aufl. 2000

Schulze/Schulte-Nölke	Schulze/Schulte-Nölke (Hrsg.), Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts, noch unveröffentlicht, hier zitiert nach der Satzvorlage vom März 2001
Soergel/Bearb.	Soergel, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 11. Aufl.
Staudinger/Bearb.	Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 13. Aufl.
Ulmer/Brandner/Hensen	Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Gesetz, 9. Aufl. 2001
Weyers	Hans-Leo Weyers, Werkvertrag – Welche Ergänzungen und Fortentwicklungen sind im Werkvertragsrecht im Hinblick auf die technischen, wirtschaftlichen und juristischen Weiterentwicklungen der Rechtswirklichkeit geboten? in: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, hrsg. vom Bundesministerium der Justiz, Bd. II, 1981, S. 1115 ff.
Zöller/Bearb.	Zivilprozessordnung, 22. Aufl., 2001
Zweigert/Kötz	Konrad Zweigert/Hein Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl. 1996